

# LA «TERCERÍA CONCURSAL»: EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN *EX IURE DOMINII* EN LOS PROCESOS CONCURSALES\*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI  
Universidad Complutense de Madrid

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1.1. La ocupación de bienes en los procesos concursales como verdadero embargo; 1.2. La ocupación de bienes de pertenencia ajena; 1.3. Postulados para las posibles soluciones al problema. — 2. SITUACIÓN LEGAL ACTUAL: 2.1. Regulación para el concurso de acreedores; 2.2. Regulación para la quiebra; 2.2.1. *Separación de bienes previo acuerdo de la Junta de Acreedores*; 2.2.2. *Separación de bienes mediante «sentencia firme»*; 2.2.3. *Separación de bienes en virtud del art. 38 III LH*; 2.2.4. *Especialidad en caso de quiebra de entidades gestoras del mercado de deuda pública en anotaciones o de entidades adheridas al servicio de compensación y liquidación de valores*; 2.3. Regulación para la suspensión de pagos. — 3. PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE CARA A UNA FUTURA REFORMA: 3.1. Los Anteproyectos concursales; 3.2. La regulación de la tercería de dominio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: su posible aptitud ante la reforma concursal. — 4. CONCLUSIONES.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. *La ocupación de bienes en los procesos concursales como verdadero embargo*

Del mismo modo que no es concebible un proceso de ejecución dineraria sin embargo de bienes, es inherente a todo proceso concursal que se proceda, en sus momentos iniciales, a la denominada “ocupación de bienes”. Porque es algo que nos parece obvio y, desde luego, ya asumido por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia<sup>1</sup>, no insistiremos demasiado en demostrar que la “ocupación de

---

\* Publicado en *Tribunales de Justicia*, 2000-2, pp. 155-180.

<sup>1</sup> Véase la STS de 8 de febrero de 1988 (RAJ 766): “... el concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva o general y el auto declarando el estado de concurso es el título ejecutivo que se exige en todo procedimiento de tal naturaleza, señalando el artículo 1173 del propio texto legal que en el propio auto se decretará el embargo y depósito de todos los bienes del deudor; el artículo 1913 del Código Civil señala el supuesto en que el deudor ha de presentarse en concurso, sin poder solicitar quita y espera y el artículo 1175 regula una de las formas de pago, la que tiene lugar por cesión de bienes, pero sin que la conjunción de estos preceptos permita sacar la conclusión que obtiene el recurrente de que el procedimiento concursal de acreedores no implica embargo y sí, sólo, una cesión de bienes, pues de la simple lectura de tales preceptos se desprende lo contrario...” (F.J. 2º).

## LA TERCERÍA CONCURSAL

bienes” es, por su esencia y función, un genuino embargo judicial, manifestación de la proyección de la actividad ejecutiva sobre toda la esfera patrimonial del concursado, y título habilitante necesario para legitimar cualquier medida de realización forzosa sobre sus bienes y derechos<sup>2</sup>.

La propia Ley da fiel reflejo de ello en diversos momentos: así, no renuncia a utilizar el término “embargo” de modo indistinto al de “ocupación” (arts. 1173.1º y 1174 I de la LEC de 1881); o señala con claridad que la medida adecuada para garantizar la ocupación sobre los inmuebles es la anotación preventiva de embargo (art. 1175.3ª de la LEC de 1881); y, de hecho, parte de la base de que son las mismas las cualidades que deben concurrir en los bienes para ser objeto de embargo que para ser objeto de ocupación, pues quedan fuera de la ocupación los bienes inembargables (arts. 1157.1º y 1174 II de la LEC de 1881).

Siendo conscientes de las diferencias que existen entre ejecución singular y ejecución concursal<sup>3</sup> –pero también de sus semejanzas–, pensamos que embargo y ocupación son manifestaciones de un fenómeno unitario: siempre que se trata de actuar una responsabilidad económica sobre un patrimonio ajeno, es precisa la previa traba, afección o vinculación *formal* de los bienes del patrimonio responsable a la actividad ejecutiva, sin la cual sería ilegítima cualquier realización forzosa. Y esto, que en el proceso de ejecución singular lo representa el embargo, en el concursal viene atribuido a la ocupación. Puede haber diferencias, pero nunca afectan a lo esencial: así, por ejemplo, en la ejecución singular la afección de los bienes, como regla, no conlleva una privación de la facultad de disposición y administración sobre ellos (salvo supuestos especiales), cosa que, en cambio, sí que sucede en la quiebra; sin embargo, esto no debe confundirnos, pues la privación del poder de disposición es un *plus*, algo añadido y distinto a la afección en que la ocupación consiste, y que guarda estrecha vinculación con la finalidad que persigue el proceso concursal.

---

En semejante sentido, la STS de 7 de octubre de 1995 (RAJ 7025): “En todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal, y la suspensión de pagos es uno de ellos, el embargo de bienes, que es medida aseguratoria o cautelar propia y específica de los procedimientos de ejecución individual (juicio ejecutivo, por ejemplo), viene a ser sustituido por la ocupación o cuasi-ocupación de los bienes del deudor (en este caso el suspenso), o sea, dicho en otros términos, la referida ocupación o intervención judicial de bienes en el procedimiento de ejecución colectiva es medida aseguratoria o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual” (F.J. 6º).

<sup>2</sup> Cfr. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 138 y sigs.

<sup>3</sup> No consideramos ni oportuno ni necesario adentrarnos ahora en ello; de modo general, cfr. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, III, 4ª ed., Ceura, Madrid, 1995, págs. 34-36.

### 1.2. La ocupación de bienes de pertenencia ajena

Requisito esencial, y lógico, para que sea posible la afección de algún elemento patrimonial del deudor a un proceso de ejecución (singular o concursal) es su pertenencia al deudor ejecutado. En el proceso de ejecución singular, como se encargó magistralmente de demostrar CARRERAS, es suficiente para satisfacer esta exigencia con que le conste al órgano judicial la simple apariencias de titularidad: no es precisa una certeza absoluta (que, bien mirado, sólo podría proporcionar la cosa juzgada –lo que supondría la parálisis e ineficacia del proceso de ejecución–), ni tampoco es lícito embargar bienes cuando conste o resulte aparente su pertenencia a un tercero<sup>4</sup>. Pues bien, cuando la ejecución es concursal, la propia resolución declarando al deudor en situación legal de insolvencia conlleva de modo automático una afección general, en bloque, de todos sus bienes, que recae sobre todos aquellos elementos patrimoniales que, *lato sensu*, se encuentren en su poder, es decir, en su ámbito de influencia jurídica y/o física<sup>5</sup>.

No dudamos de las razones, fundamentalmente económicas, que puedan justificar este proceder; tampoco nos parecería descabellado entender –incluso *de lege lata*– que es posible, y recomendable, excluir de la diligencia de ocupación aquellos bienes cuya pertenencia a un tercero aparezca suficientemente acreditada<sup>6</sup>. Lo que ahora nos interesa es poner de relieve que con ello se incrementa el peligro –que ya se da a menudo cuando la ejecución es singular– de que se ocupen y se afecten al concurso bienes y derechos que sean de titularidad ajena, de terceros (o de que se trate de bienes sobre los que un tercero tenga un derecho que, conforme a la ley, pueda válidamente oponerse a su embargo-ocupación y posterior realización forzosa). Y con él, el riesgo de que los bienes del tercero puedan ser enajenados por los órganos del concurso y utilizados para satisfacer el interés económico de los acreedores del deudor común.

---

<sup>4</sup> CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., págs. 281 y sigs.

<sup>5</sup> Cfr. RAMÍREZ, *La quiebra. Derecho concursal español*, 2ª ed. (puesta al día por CAMINALS y CLAVÉ), Ed. Bosch, Barcelona, 1998, Tomo II, págs. 1341-1342: “el legislador quiere que se ocupen todos los bienes que se hallen en poder del quebrado, o a su disposición, aun afrontando el riesgo de que se ocupen bienes extraños”. En semejante sentido, señala BELTRÁN SÁNCHEZ lo siguiente: “Como el depositario y el comisario carecen de facultades para excluir bienes de la ocupación, porque lo contrario supondría otorgarles facultades para resolver sobre los derechos de los acreedores, y como no existe tampoco en el momento de la ocupación un procedimiento para que el juez acuerde una exclusión, hay que concluir que deben ser ocupados todos los bienes que se encuentren en posesión del quebrado” (“El derecho de separación en la quiebra”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coords. NIETO CAROL y BONET SÁNCHEZ, Ed. Civitas, Madrid, 1996, Tomo I, págs. 253-299, pág. 281).

<sup>6</sup> Así lo hace SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 12-13.

Siendo el proceso de ejecución singular, los terceros cuyos bienes se han visto indebidamente trabados tienen a su disposición, junto a otros cauces más secundarios<sup>7</sup>, la tercería de dominio como instrumento para promover judicialmente el alzamiento de la traba. El objeto del presente trabajo lo constituyen los mecanismos de que puede servir ese mismo tercero cuando la afección errónea ha tenido lugar en el marco de un proceso concursal.

Tomamos así como punto de partida la existencia de un problema que es común a todos los procesos de ejecución, tanto singular como concursal: sin embargo, así como en el plano de la ejecución singular las claves para la solución del problema ya están detectadas, y han sido asumidas por doctrina y jurisprudencia, no sucede lo mismo cuando se pasa al terreno de la ejecución concursal. De manera tradicional, se ha venido llamando derecho de separación *ex iure domini*<sup>8</sup> a la facultad que tienen los terceros titulares de bienes indebidamente ocupados de promover su desafección del proceso concursal; lo que ya no está tan claro, ni resulta en absoluto pacífico, son los cauces procesales para el ejercicio de ese derecho de separación. Y es que, como tendremos ocasión de analizar, la dispersión legislativa y la defectuosa regulación de nuestros procesos concursales hacen necesaria una sistematización en esta materia, que sirva de base cuando se plantee una reforma global de nuestro Derecho concursal.

### ***1.3. Postulados para las posibles soluciones al problema***

Antes de adentrarnos en la regulación actual sobre esta materia, nos parece conveniente dejar sentados cuáles son los principios o exigencias sobre los que, a nuestro juicio, debería descansar cualquier intento de dar una solución eficaz y jurídicamente correcta al problema. A tal efecto, se hace preciso compatibilizar una serie de intereses:

1º) Cuanto más fácil resulte obtener el embargo u ocupación de bienes, más fácil debería resultar también para los terceros obtener su alzamiento. Si, como se ha visto, en los procesos concursales la ocupación ni siquiera ha de basarse en una apariencia de titularidad, el legislador necesariamente tiene que asumir como posible un amplio margen de error, y ha de compensarlo facilitando el ejercicio por parte de los terceros de las vías adecuadas para “liberar” los bienes indebidamente afectados.

---

<sup>7</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980, págs. 31 y sigs.

<sup>8</sup> Por oposición a la denominada separación *ex iure crediti*, que supone un fenómeno completamente diferente: el de aquellos acreedores, titulares de créditos singularmente privilegiados (especialmente hipotecarios y pignoratícios), que tienen un derecho de ejecución separada, es decir, a promover la realización forzosa de determinados bienes fuera del proceso concursal, para no sujetarse en él a la ley del dividendo.

## LA TERCERÍA CONCURSAL

2º) El interés de los acreedores –y, en general, el notable interés público que debe presidir una adecuada ordenación de los procesos concursales– exige que la separación de bienes de la masa concursal formada tras la ocupación esté revestida de las suficientes garantías de *seriedad* y *seguridad*, de modo que se eviten los fraudes: en otros términos, la facilidad para obtener la separación no puede traducirse en una puerta abierta al fraude de acreedores, que conduzca a una reducción indebida de la masa activa de la quiebra o del concurso.

3º) Tampoco se puede olvidar que la separación de bienes supone, en realidad, el alzamiento de un embargo, acordado judicialmente: aunque se le llame ejercicio del derecho de separación, lo que constituye su auténtica esencia es dejar sin efecto una resolución judicial, de donde se deduce el necesario respeto a las reglas de competencia. Se trata, en otras palabras, de determinar cuál es el que podríamos llamar *nivel adecuado de presencia judicial* en estos mecanismos. A tal efecto, se puede partir de la siguiente consideración: en materia concursal esta intervención ha de ser proporcionada y armónica con la participación del Juez en general en el resto de las operaciones concursales; y la configuración actual de nuestro Derecho concursal se funda primordialmente en criterios de autoorganización de los acreedores (siempre bajo el control y la supervisión judicial), y en un papel supletorio y revisor del órgano jurisdiccional.

La combinación de estos elementos tiene cierto reflejo en lo que es la regulación actual de la materia. Como tendremos ocasión de comprobar, nuestro legislador siempre ofrece a los terceros la posibilidad de promover y obtener la separación y desafección de sus bienes (es decir, el alzamiento de la ocupación) solicitándosela a determinados órganos que asumen funciones de representación de la masa de acreedores, es decir, sin la intervención directa del juez: se pretende combinar con ello la facilidad (pues no habrá que tramitar proceso judicial en sentido propio) y la tutela de los acreedores (pues son ellos, o sus representantes, quienes tendrán en sus manos la decisión sobre la separación). Junto a ésta, siempre tendrán los terceros a su disposición la vía judicial para lograr la mencionada separación *ex iure dominii*, de modo que la decisión última siempre será jurisdiccional. Lo que ocurre es que: *a)* no siempre la solución extrajudicial –tal y como aparece legalmente configurada– es realmente útil; *b)* en ocasiones se han presentado serias dudas para delimitar cuáles son los cauces por los que ha de sustanciarse la solución judicial.

## 2. LA SITUACIÓN LEGAL ACTUAL

No cabe la menor duda de que la situación legal actual es, cuando menos, muy confusa, debido sobre todo a la dispersión normativa existente en materia concursal y, muy especialmente, para la quiebra. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la materia concursal como tal no se ha de ver afectada de forma directa

por la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>9</sup>: como se ocupa de poner de relieve la Disposición Derogatoria 1.1ª de este texto legal, seguirán estando vigentes los preceptos que la LEC de 3 de febrero de 1881 dedica a los procedimientos concursales (los Títulos XII y XIII del Libro II) mientras no se elabore y entre en vigor una nueva Ley Concursal<sup>10</sup>.

Por razones sistemáticas, empezaremos analizando las normas dedicadas al concurso de acreedores (cuya regulación, según señala el art. 1319 de la LEC de 1881, es supletoria para las quiebras), para tratar después de definir el régimen legal cuando se trata de la insolvencia del empresario (quiebra y, en menor medida, suspensión de pagos).

### **2.1. Regulación para el concurso de acreedores**

Tratándose del concurso de acreedores, el precepto clave en materia de separación *ex iure dominii* es el art. 1269 de la LEC de 1881, que establece lo siguiente:

“Por separado formarán los síndicos una nota de los bienes de cualquier clase que el concursado tuviere correspondientes a terceras personas, con expresión de los nombres de sus dueños.

Si éstos se hubieren presentado reclamándolos, se les entregarán, conviniendo en ello los síndicos y el concursado. Si alguno no conviniere, se sustanciará la demanda en ramo separado por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía”.

Sistemáticamente, el precepto se encuadra dentro de la sección sexta, dedicada a la pieza segunda del concurso (reconocimiento, graduación y pago de los créditos), en concreto en la subsección segunda (que se ocupa específicamente de la graduación de créditos); y las actividades en él previstas se ubican temporalmente en el período que media entre la convocatoria y la celebración de la Junta de graduación —es decir, una vez ya han sido reconocidos los créditos—: junto a los cuatro estados de acreedores de cara a la graduación propiamente dicha (por trabajo personal y alimentos; hipotecarios y

<sup>9</sup> Aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 1999 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 147-17, 29 de diciembre de 1999, págs. 1703-1884, y que entrará en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado).

<sup>10</sup> Disposición Derogatoria 1.1ª de la nueva LEC: “Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: 1ª. *Los Títulos XII y XIII del Libro segundo y el Libro Tercero, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente. (...) Mientras no entre en vigor la Ley Concursal, los incidentes que surjan en el seno de procesos concursales se registrarán por lo dispuesto en la presente ley para la tramitación de incidentes*” [la cursiva es nuestra].

pignoratícios; escriturarios; comunes) se formará la mencionada nota con los bienes de pertenencia ajena.

Son varias las cuestiones que el precepto deja claras a la hora de determinar los cauces para proceder a la separación de los bienes de terceros; pero son otras tantas, o más, las que se mantienen en el terreno de la indefinición.

1º. En primer término, no ofrece dudas que si *a)* un determinado bien está incluido en esta nota a nombre de una determinada persona, *b)* esa persona se presenta en el concurso reclamándolo y *c)* los síndicos y el concursado convienen en ello, el bien será devuelto a su titular y separado así de la masa activa del concurso y de cualquier procedimiento de realización forzosa. En concreto, la “reclamación” debe revestir la forma de un escrito sencillo de alegación<sup>11</sup> o, más propiamente, de una demanda ordinaria<sup>12</sup>, que se presentará ante el Juez del concurso; éste dará traslado a los síndicos y al concursado, para que en el plazo previsto para la contestación a la demanda se pronuncien a favor o en contra. El papel del Juez, por tanto, es el de un mero “gestor” u “organizador”, que facilita la comunicación del tercero con el concursado y los síndicos, pero carece en este momento de poder decisorio alguno: eso sí, en caso de producirse el acuerdo entre las partes, deberá acordar, mediante auto, que queden los bienes separados de la masa del concurso y, eventualmente, que sean restituidos al tercero.

2º. También queda claro que si *a)* el bien se encuentra incluido en la nota, *b)* el tercero lo reclama pero *c)* no hay acuerdo de los síndicos<sup>13</sup> o del concursado, la “demanda” interpuesta previamente por el tercero en espera de ese acuerdo se sustanciará en ramo separado por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía. Esta acción debe entenderse que es la *demanda de dominio promovida por un tercero* a que se refiere el art. 1234.1º de la LEC de 1881, y que tiene por efecto –según este último precepto– que se suspenda la enajenación del bien afectado en tanto no sea decidida por sentencia firme. Con acierto, además, la jurisprudencia ha identificado esta acción con la tercería de dominio<sup>14</sup>, argumento que, además de en la propia naturaleza de las cosas, se sostiene en el art. 1543 de la LEC de 1881, según el cual las disposiciones en

<sup>11</sup> RIVES Y MARTÍ, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebra*, 3ª ed. (corregida y adicionada por SAURA JUAN), Ed. Reus, Madrid, 1953, Tomo I, pág. 354.

<sup>12</sup> MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1956, Tomo V, pág. 522.

<sup>13</sup> No deja de sorprender que la propia Ley admita como hipótesis que los Síndicos, después de haber señalado por escrito que un bien pertenece a un tercero, puedan después oponerse a su restitución a ese mismo tercero... a no ser que la desconexión entre los dos párrafos del art. 1269 de la LEC de 1881 sea mayor de lo que parece (cuestión ésta sobre la que volcaremos en breve nuestra atención).

<sup>14</sup> STS de 8 de febrero de 1988, *RAJ* 766.

## LA TERCERÍA CONCURSAL

materia de tercerías serán aplicables a las que se interpongan en cualquier juicio o incidente en que se proceda por embargo y venta de bienes, cosa que sucede en el concurso de acreedores.

Como se puede apreciar, la misma “demanda” por la que se busca la solución concertada al problema, se toma por el legislador como punto de partida para el proceso de tercería de dominio. Si se analiza con detenimiento, se puede llegar a la conclusión de que, en realidad, lo que el legislador presenta como vía de solución pactada o negociada no es sino una fase del proceso de tercería de dominio a la que se ha atribuido autonomía o sustantividad propia: en efecto, el acuerdo de los síndicos y el quebrado no sería, desde esta perspectiva, sino una concreción del allanamiento que, de modo genérico, se prevé como posible para las tercerías de dominio por el art. 1541 I de la LEC de 1881. Eso sí, aunque el art. 1269 II de la LEC de 1881 prevea como automático el paso de la solución convencional a la judicial (“se sustanciará la demanda en ramo separado”), pensamos que para ello será preciso que no medie la voluntad contraria del tercero que, ante el fracaso de esta primera opción, puede optar por no asumir los costes y las cargas inherentes a la tercería de dominio.

Si esto es lo que dice con claridad el precepto, veamos algunas cuestiones cuya respuesta no se obtiene con la misma facilidad, pero que son de capital importancia para terminar de configurar el régimen de separación de bienes en el marco del concurso de acreedores.

**3º.** La primera, sin duda, habrá venido ya a la mente del lector: si los síndicos incluyen en esta nota algún bien que, sin embargo, no es reclamado por su dueño, ¿pueden lícitamente venderlo y aplicar el producto de la venta a la satisfacción de los acreedores del concursado? La respuesta no es fácil: al fin y al cabo, el párrafo primero del art. 1269 de la LEC de 1881 no obliga –al menos de forma expresa– a los síndicos a comunicar la ocupación de sus bienes a los terceros, a pesar de haberla detectado y de haber dejado constancia por escrito de ella; más aún, el párrafo segundo del mismo artículo parece dar por supuesto que la presentación del tercero en el concurso reclamando los bienes indebidamente ocupados puede ser previa a la elaboración de la tan traída y llevada nota –incluso puede ser la causa de la inclusión de algún bien en ella–. A ello deben añadirse los argumentos que se derivan del art. 1234 de la LEC de 1881, según el cual los síndicos sólo exceptuarán de la enajenación aquellos bienes y efectos del concurso (¿y acaso no forman aún parte del concurso los bienes indebidamente ocupados a terceros?) respecto de los que se halle pendiente una demanda de dominio promovida por tercero o que, por haber sido previamente hipotecados, se estén ejecutando de forma separada.

Hasta ahora, por tanto, todo en la Ley apunta a considerar la posibilidad de que se puedan enajenar estos bienes. Sin embargo, se trataría a nuestro juicio de una auténtica aberración, pues la inclusión de los bienes a nombre de tercero en una nota pone de relieve que se ha deshecho por completo la apariencia de



titularidad en que se fundó la ocupación; y recuérdese que la ocupación o embargo es presupuesto de la licitud de la realización forzosa<sup>15</sup>. Pensamos, por ello, que las más elementales reglas de la lógica y del respeto a los derechos de terceros (criterio que inspira, v.g., el art. 270 LOPJ) obligan a los síndicos a poner el hecho de la ocupación en conocimiento del tercero afectado. Además, deberán abstenerse de enajenarlos e, incluso aunque el tercero notificado no se presente reclamándolos, solicitar ellos mismos del Juez la desafección del bien<sup>16</sup>. Estas actuaciones pueden encontrar cierto apoyo legal en el art. 1235 de la LEC de 1881<sup>17</sup>.

4º. ¿Se puede obtener la separación de bienes conforme al primer mecanismo –mediante acuerdo de síndicos y concursado–, si aquéllos no están incluidos en la nota elaborada por los síndicos? A nuestro juicio, partiendo del tenor literal del precepto se impone la respuesta negativa, aunque si se analiza con cierto detenimiento, hay indicios suficientes para pensar en la admisibilidad de la afirmativa. En efecto, nada impide que los terceros se personen en el concurso antes del momento en que corresponda elaborar la nota y promuevan la inclusión en ella del bien que alegan ser suyo o directamente reclamen su separación. Si no tuvieran éxito en su pretensión, recibiría plena aplicación el párrafo segundo del art. 1269 de la LEC de 1881, y deberían acudir a la tercería de dominio.

En realidad, nos parece que este párrafo segundo no se limita a regular los supuestos en que se reclaman bienes incluidos en la lista, sino también aquéllos en que los bienes no han sido reconocidos por los síndicos como de pertenencia ajena –se les haya pedido o no con anterioridad por el tercero, y también, por supuesto, si los síndicos ni siquiera han considerado oportuno elaborar esa nota–. Sólo así cobra sentido la posibilidad de que éstos se opongan a la restitución, previsión que sería absurda si sólo regulara este precepto la reclamación de bienes incluidos en la lista por parte de quienes han sido indicados por los síndicos como sus dueños. Y llegados hasta este punto, ¿qué impide entender que

---

<sup>15</sup> En efecto, una cosa es que baste con la apariencia de titularidad para que resulten válidos el embargo y la posterior realización forzosa, y otra bien distinta que se pueda mantener válidamente un embargo –y, por supuesto, enajenar el bien embargado– cuando esa apariencia ya ha dejado de existir.

<sup>16</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, cit., pág. 136.

<sup>17</sup> Art. 1235 de la LEC de 1881: “Cuando en interés del concurso creyeran los síndicos que deben suspender o aplazar la enajenación de algunos bienes, lo pondrán en conocimiento del Juez, el que accederá a ello si lo estima conveniente, a reserva de dar cuenta en la primera junta que se celebre, de las causas o motivos que hayan aconsejado la suspensión, para que la mayoría de los acreedores, computada del modo que se determina en la regla 6ª del artículo 1139 acuerde lo que más convenga a sus intereses”. El fundamento, no lo ignoramos, es débil, pues en cierto sentido, no va en interés del concurso que se disminuya la base patrimonial sobre la que ha de hacerse el reparto, y en esa medida no cabe esperar de los acreedores que liberen bienes de terceros, máxime cuando esos terceros no se han presentado para reclamarlos.

la previsión del art. 1269 II de la LEC de 1881 se aplica simple y llanamente tras el intento de acuerdo con los síndicos y el concursado, al margen de la nota? Resulta así evidente que el párrafo segundo del art. 1269 de la LEC de 1881 se encuentra bastante desconectado del párrafo primero: de un lado, esta desconexión vendría a sancionar la posibilidad de que, a pesar de no estar incluidos en la nota, se pudiera proceder a la separación de bienes previo acuerdo de síndicos y concursado; más aún, esta desconexión reforzaría la autonomía del párrafo primero, y habría una base mayor para entender que la inclusión de un bien como de pertenencia ajena en la lista debe llevar por sí sola, sin necesidad de reclamación del tercero, a su separación del concurso.

**5º.** ¿A partir de qué momento puede el tercero acudir a alguno de estos mecanismos para obtener la separación de sus bienes?

Tratándose de la devolución de bienes previo acuerdo de los síndicos y del concursado, y si se tiene en cuenta lo que se acaba de señalar, tan sólo habría que esperar a que se hubiera procedido a la designación de los síndicos (aunque nada, en realidad, debería impedir que los terceros pudieran presentarse reclamándolos en un momento anterior: pero, en todo caso, para su separación habría que esperar a la intervención de los síndicos<sup>18</sup>).

Pero, para interponer ante el Juez la demanda (de tercería de dominio), ¿hay que esperar al momento contemplado por el art. 1269 –recuérdese, el lapso de tiempo que media entre la convocatoria y la celebración de la Junta de graduación de créditos–? Más aún, ¿hay que haber intentado previamente que los síndicos y el concursado accedan a la separación? Sin lugar a dudas, la demanda que regula el art. 1269 II de la LEC de 1881 está condicionada a que síndicos o concursado no convinieren en la restitución: de hecho, procesalmente se la ha configurado en estrecha ligazón con esa negativa. Pero ya hemos visto, de un lado, que hay argumentos suficientes para entender que esa petición a síndicos y concursado puede hacerse al margen de la elaboración de la nota prevista en el párrafo I del art. 1269 y, por consiguiente, en un momento anterior. A la misma conclusión se llega si se aplican por analogía las normas de la tercería de dominio (art. 1533 de la LEC de 1881: “en cualquier estado del juicio ejecutivo”). Y con mayor solidez, así se deduce del art. 1234 de la LEC de 1881: señala la norma que los síndicos pueden comenzar con la enajenación desde que son puestos en posesión de los bienes y efectos del concurso, excluyéndose aquéllos respecto de los que se haya interpuesto “demanda de dominio, promovida por un tercero”; como se puede ver, la propia Ley reconoce aquí la posibilidad de que la tercería se haya ejercitado en cualquier momento posterior a la ocupación de los bienes del tercero. Ya hemos señalado antes que las demandas a que se refieren los arts. 1234.1º y 1269 II tienen la misma naturaleza jurídica –son tercerías de dominio–;

---

<sup>18</sup> Según BELTRÁN SÁNCHEZ, sin embargo, la devolución no procederá antes de la junta de examen y reconocimiento de créditos (“El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, pág. 292).

pero que el art. 1269 II la prevea sólo para el caso de que no haya acuerdo no significa que haya que esperar a ese momento para interponerla. En realidad, lo que esto viene a significar es que frente a la negativa de síndicos y concursado sólo cabe interponer demanda de tercería, y no otro medio eventualmente idóneo para lograr el mismo resultado (y esto, como veremos, puede ser un criterio hermenéutico bastante útil en sede de quiebra). En cuanto a la tercería, por tanto, cabe concluir que puede ejercitarse desde el mismo momento en que se haya procedido a la ocupación como del quebrado de bienes o derechos cuya titularidad corresponda al tercero, y sin necesidad de haber buscado anteriormente el acuerdo de síndicos y concursado: esta última vía es, por tanto, de uso facultativo –aunque, si tiene éxito, resulta sin duda muy ventajosa y económica–.

6º. En cuanto al momento final para el ejercicio de estas vías, debe entenderse en ambos supuestos que será el de la consumación de la enajenación (es decir, el de la entrega de los bienes al rematante en pública subasta). Para la tercería de dominio así se puede deducir del art. 1533 II de la LEC de 1881<sup>19</sup>; y para la petición a los síndicos y concursado nada debería impedir tampoco que pudiera ser así (especialmente si los bienes se encuentran incluidos en la nota a que se refiere el art. 1269 I de la LEC de 1881 y, no obstante, se había proseguido –a nuestro modo de ver ilícitamente– la realización forzosa sobre ellos).

7º. Finalmente, y al margen de lo que se deduce de los arts. 1269 y 1234 de la LEC de 1881, también consideramos posible que se produzca una separación de bienes de la masa del concurso a través del cumplimiento de lo previsto por el art. 38 III LH (véase lo que se dirá al respecto en sede de quiebra).

## ***2.2. Regulación para la quiebra***

Si en el caso del concurso de acreedores un solo precepto arrojaba ya suficientes dosis de oscuridad, cuando se pasa al campo de la quiebra mercantil la confusión es absoluta, y se encuentra magnificada por la complejidad en el sistema de fuentes normativas. El punto de partida lo constituyen los arts. 908 a 910 CCom; pero sus silencios deben completarse con las normas del Código de Comercio de 1829, con las de la LEC de 1881 en materia de quiebra y, sobre todo, con la remisión que el art. 1319 de la anterior LEC hace, en cuanto que supletorias, a las normas del concurso de acreedores –origen a su vez, como veremos, de grandes complicaciones–.

---

<sup>19</sup> Art. 1533 II de la LEC de 1881: “Si la tercería fuere de dominio, no se admitirá después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, quedando a salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quien, y como corresponda”.

El precepto clave, con todo, es el art. 908 CCom:

“Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme (...)”.

Por su parte, los arts. 909 y 910 proceden a considerar comprendidos en las previsiones del anterior una serie de bienes concretos cuya inclusión en él, de lo contrario, no resultaría fácil. En cualquier caso, dos son las vías que apunta el art. 908 CCom para lograr la separación de los bienes y derechos ajenos de la masa de la quiebra: el acuerdo de la Junta de Acreedores y la sentencia judicial firme.

### 2.2.1. Separación de bienes previo acuerdo de la Junta de Acreedores

Al igual que en el concurso de acreedores, se prevé en el procedimiento de la quiebra un mecanismo para obtener la separación de los bienes de terceros indebidamente ocupados al margen de la autoridad judicial. En este caso, sin embargo, la facultad de reconocer eficazmente el derecho de separación no se atribuye a los síndicos con el concurso del quebrado, sino directamente a la Junta de Acreedores.

Tampoco interviene aquí el Juez de la quiebra, salvo que el acuerdo de la Junta deba ser llevado formalmente a la práctica mediante resolución judicial. De hecho, esto ha de ser a nuestro juicio lo más correcto: que el acuerdo de la Junta tenga como consecuencia inexorable una resolución judicial desafectando formalmente el bien en cuestión, de modo que sirva de título para proceder al levantamiento de las medidas de garantía eventualmente impuestas, especialmente de las anotaciones registrales. Así se deduce, además, si se considera vigente (como hace algún autor<sup>20</sup>) el art. 1124 del CCom de 1829, según el cual:

“Con respecto a los acreedores de dominio se decretará desde luego la entrega de las cantidades, efectos o bienes de su pertenencia, *expidiéndose por el Juzgado los mandamientos, oficios y libranzas consiguientes para que se verifique [...]*” (la cursiva es nuestra).

No obstante, esta marginación del órgano judicial no deja desprotegidos los intereses de los acreedores, sino más bien todo lo contrario: al fin y al cabo, son ellos mismos los que han de tomar la decisión acerca de la procedencia de la separación (con lo cual, como volveremos a señalar seguidamente, se corre el riesgo de pasar al extremo contrario: la más absoluta desprotección del tercero, que puede acabar convirtiendo a este mecanismo en inoperante).

<sup>20</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, pág. 291.

En efecto, pudiera parecer que tiene poco sentido y poca lógica la sustitución de síndicos y quebrado por la Junta de Acreedores: de un lado, porque se complica innecesariamente el procedimiento<sup>21</sup>; de otro, porque, como se acaba de señalar, dejar esta decisión en manos de la Junta conlleva el peligro de que ésta pueda ignorar los derechos de terceros, con la finalidad de que la base patrimonial sobre la que hacer los repartos sea mayor; finalmente, porque en puridad no puede ser competencia de la Junta de Acreedores la misión que, literalmente, le encomienda el art. 908 CCom, y que no es otra que la del “reconocimiento de su derecho” (el de los terceros): lo que debe hacerse es excluir los bienes en cuestión de la masa activa, pero no hacer reconocimiento de derecho alguno (pues no se trata de alguno de los créditos que integran la masa pasiva de la quiebra). El fenómeno, sin embargo, obedece a razones históricas y conceptuales, a nuestro modo de ver erróneas, pero que subyacen a la regulación que hace el Código de Comercio de esta cuestión: como se ha puesto de relieve<sup>22</sup>, aunque en su versión de 1885 ya no lo diga con esas palabras, para el Código de Comercio los terceros no dejan de tener la consideración de “acreedores de dominio”, y las operaciones de separación de sus bienes son “operaciones sobre el pasivo” (al igual que el reconocimiento, la graduación y el pago de créditos): si partimos de la base de que la competencia para efectuar esas operaciones corresponde primariamente a la Junta de Acreedores, y sólo supletoriamente al órgano judicial, se explica la atribución de la competencia para proceder a ellas.

A nuestro juicio, si se quería instituir en sede de quiebra una vía extrajudicial para ejercitar el derecho de separación *ex iure dominii*, se ha elegido la peor de las soluciones, por lo erróneo de las premisas sobre las que se ha partido, y por lo inconveniente de las consecuencias prácticas que puede acarrear<sup>23</sup>. Es, sin lugar a dudas, mucho más efectivo atribuir esta competencia directamente a los Síndicos, con o sin el concurso del quebrado y/o de la autoridad judicial, que dejarla en manos de la Junta de Acreedores.

Sin olvidar, además, que el precepto no señala de modo expreso qué Junta es la que debe proceder a esta tarea, lo que ha sido fuente de una viva polémica en el seno de la doctrina mercantil. Los términos de la discusión se centran en saber si se trata de la Junta de examen y reconocimiento de créditos, o si es más bien la de graduación, de lo que depende no sólo el momento temporal para ejercitar por esta vía el derecho de separación, sino también la importante cuestión del quórum y de las mayorías que son precisos para que el tercero vea “reconocido su derecho”.

---

<sup>21</sup> Aunque también hay que reconocer, como señala FERNÁNDEZ, que se trata en todo caso de un procedimiento más rápido y sencillo que el judicial (*La tercería de dominio*, cit., pág. 39).

<sup>22</sup> Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, cit., págs. 287-288.

<sup>23</sup> No deja, por otra parte, de resultar paradójico que unos particulares –los acreedores reunidos en Junta– puedan adoptar un acuerdo al que nuestro Ordenamiento le reconozca efectos constitutivos procesales (pues modifica la ocupación ordenada por el Juez al declarar la quiebra).

Basándose en razones históricas y aplicando por analogía las normas del concurso<sup>24</sup>, un sector de la doctrina ha sostenido que la competente es la Junta de graduación de créditos<sup>25</sup>. Sin embargo, consideramos más acertada la corriente contraria, que se inclina por reconocer esta competencia a la Junta de reconocimiento de créditos<sup>26</sup>. Los argumentos más sólidos los apunta BELTRÁN SÁNCHEZ<sup>27</sup>: de un lado, atendiendo a criterios de interpretación literal y lógica, pues el art. 908 CCom habla de que la Junta “reconozca” el derecho de los terceros (terceros a los que, además, se da el trato implícito de “acreedores de dominio”), y el “reconocimiento” de derechos es tarea que se lleva a cabo en la Junta homónima. De otro, porque debe prevalecer la remisión que el art. 1380 de la LEC de 1881 hace a las normas del CCom de 1829 sobre la que el art. 1381 de la misma LEC hace a las normas del concurso; y los arts. 1123 y 1124 del CCom de 1829 establecen respectivamente que: *a)* los créditos reconocidos en Junta (de reconocimiento) se distribuirán en cuatro estados, comprendiendo el primero de ellos el de los “acreedores con acción de dominio”; y *b)* respecto de esos acreedores, se decretará sin más que se les entreguen los bienes o derechos afectados, convocándose nueva Junta, para proceder a la graduación de los créditos.

Una vez admitida la competencia de la Junta de examen y reconocimiento de créditos para desarrollar esta función, la consecuencia será que para llegar a un acuerdo de la Junta que permita la separación de los bienes se hará preciso el voto favorable de la mitad más uno de los asistentes (quórum: 3/5 del pasivo), que representen a su vez los 3/5 del pasivo (art. 1105 del CCom de 1829)<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> En donde la separación extrajudicial prevista por el art. 1269 de la LEC de 1881, recuérdese, se encuadraba sistemáticamente en el lapso de tiempo que mediaba entre la convocatoria y la celebración de la Junta de graduación de créditos.

<sup>25</sup> Cfr. OMAR Y GELPI, “El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXIX, 1945, págs. 89-97, págs. 90-91; RIVES Y MARTÍ, *Concurso de acreedores y quiebras*, cit., Tomo II, pág. 619; también MASSAGUER FUENTES y CERDÁ ALBERO, “Reducción de la masa de la quiebra”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, Vol. IV, pág. 5640.

<sup>26</sup> Así, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 6ª ed. (corregida por SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1974, Vol. II, pág. 431, quien, sin embargo, funda su aseveración en una mera remisión a los arts. 1380 y 1381 de la LEC de 1881 (que son precisamente los mismos en que MASSAGUER y CERDÁ fundan, de forma igualmente somera, la competencia de la junta de graduación).

<sup>27</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, cit., págs. 288-292.

<sup>28</sup> A nuestro juicio, el tercero carece de voto, pues su derecho no es de los que integran el pasivo y, sobre todo, porque aunque así se le trate a ciertos efectos, no es un acreedor. En caso de que no se alcancen los quórums necesarios, nada dice el art. 1105 CCom de 1829; lo más correcto parece aplicar el art. 1257 de la LEC de 1881 (previsto inicialmente para el concurso), a tenor del cual será el Juez quien tome la decisión.

Además, si el derecho de los terceros ha de ser reconocido por la Junta de Acreedores, y si el tercero recibe a estos efectos el mismo trato que un “acreedor de dominio”, resulta evidente que la forma de obtener ese reconocimiento será insinuando su “derecho” (su “crédito de dominio”) en la masa de la quiebra, de modo análogo a lo que debería hacer si fuera un acreedor “de verdad”. A tal efecto, y en aplicación de los arts. 1101 a 1104 del CCom de 1829, deberán presentar en plazo un escrito “suficientemente razonado y justificativo de la procedencia de la reclamación”<sup>29</sup>, acompañado de los títulos o documentos justificativos de su derecho.

### 2.2.2. Separación de bienes «por sentencia firme»

Como alternativa a la solicitud del reconocimiento del derecho de separación por la Junta de Acreedores, el art. 908 CCom concede a los terceros la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y obtenerlo “por sentencia firme”. Lo cierto es que esta previsión es, en puridad, innecesaria<sup>30</sup> (la vía judicial siempre ha de estar expedita); más aún, plantea más problemas de los que resuelve, pues lo sintético del tenor literal del precepto nada dice acerca del modo (es decir, del procedimiento) por el que se puede llegar a esa “sentencia firme”.

#### a) La tercería de dominio

De forma tradicional, la doctrina mercantil<sup>31</sup> ha venido formulando una distinción radical entre el art. 908 y el art. 909 CCom: el primero de ellos, según su parecer, regularía una auténtica acción reivindicatoria, cuyo objetivo sería la recuperación por el tercero de la posesión de sus bienes indebidamente ocupados, y cuyo fundamento sería su dominio sobre los mismos; el segundo, en cambio, establece supuestos en que puede obtenerse la separación con base en derechos que no se pueden reconducir al de propiedad o en los que falta alguno de los requisitos típicos de la acción reivindicatoria (normalmente, la identificación plena de la cosa): se trataría, en consecuencia, de reivindicaciones impropias (*vindicationes utiles*) o “reivindicaciones especiales de la quiebra”, en las que el legislador habría previsto, en beneficio del tercero, una simplificación de los requisitos de la ordinaria. Esta distinción se ha llevado, asimismo, al terreno de lo procesal: y así, mientras que a la acción reivindicatoria común del art. 908 CCom se le suele asignar como cauce la vía de la tercería de dominio o la de un proceso

---

<sup>29</sup> OMAR Y GELPI, “El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, *cit.*, pág. 91.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, *cit.*, pág. 332.

<sup>31</sup> Por todos, cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, *cit.*, Tomo II, pág. 431; RAMÍREZ, *La quiebra*, *cit.*, Tomo II, pág. 1423; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, *cit.*, pág. 72.

declarativo ordinario desvinculado del proceso concursal<sup>32</sup>, hay quien ha sostenido el recurso a vías diferentes cuando se trate de las especiales: en concreto, se apunta a tal fin el cauce de incidentes<sup>33</sup>.

A nuestro juicio, se trata de planteamientos que no pueden ser razonablemente defendidos en la actualidad, especialmente si se tiene en cuenta el reexamen de que ha sido objeto la tercería de dominio en nuestra doctrina y jurisprudencia a partir del magistral trabajo de Miguel Ángel FERNÁNDEZ.

Antes que nada, pocas dudas ofrece hoy en día que la tercería de dominio no es una acción reivindicatoria: no se busca con ella la recuperación de la posesión perdida, sino única y exclusivamente la desafección del proceso de ejecución de un bien que –digámoslo de momento genéricamente– *pertenece* a un tercero, no al ejecutado. Y es claro que es a esto mismo a lo que se refiere el art. 908 CCom: lo que pretende el tercero es que sus “mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra” no sean utilizados para la satisfacción de los acreedores del quebrado, pues aunque integran la masa de la quiebra “de hecho”, no forman parte de la “de derecho”; sólo a título subsidiario, si así lo pide el tercero –y siempre que tenga derecho a ello–, se planteará ante el Juez la recuperación de su posesión. Pero, realmente, de nada le servirá a ese tercero una sentencia mandando que se le devuelva un bien concreto –contenido éste de la sentencia que estima la acción reivindicatoria–, si la afección subsiste y, llegado el momento, puede ser vendido en pública subasta y aplicado su producto al pago de los acreedores del quebrado.

Por eso, lo que realmente puede pretender el tercero en virtud del art. 908 CCom es la desafección del bien que le pertenece, el alzamiento de la traba u ocupación que sobre él recae: de modo que la naturaleza jurídica de su pretensión no es propiamente la de la acción reivindicatoria, sino la de la tercería de dominio. No se trata, por tanto, de que el expediente judicial a que implícitamente se refiere el art. 908 CCom *tenga una función análoga* a la tercería de dominio –que permita la aplicación de las normas de esta última–, sino que *es* sin más una tercería de dominio. Junto a la propia lógica de los argumentos, tampoco falta apoyo legal a cuanto sostenemos:

— De un lado, el art. 1543 de la LEC de 1881, a tenor del cual se aplican las normas sobre tercería a todos los juicios o incidentes “en que se

<sup>32</sup> Cfr. OMAR Y GELPI, “El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, *cit.*, pág. 94; RAMÍREZ, *La quiebra*, *cit.*, Tomo II, pág. 1426; MASSAGUER FUENTES y CERDÁ ALBERO, “Reducción de la masa de la quiebra”, *cit.*, pág. 5640; BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, pág. 294.

<sup>33</sup> GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, *cit.*, Tomo II, pág. 431; MASSAGUER FUENTES y CERDÁ ALBERO, “Reducción de la masa de la quiebra”, *cit.*, pág. 5640.



proceda por embargo y venta de bienes”, cosa que sucede en la quiebra mercantil<sup>34</sup>.

— De otro, los arts. 1269 II y 1234 1º de la LEC de 1881, cuya aplicación supletoria en este caso (art. 1319 de la misma LEC) nos parece incuestionable<sup>35</sup>, que también aluden, como ya se vio antes, a la tercería de dominio como cauce para el ejercicio del derecho de separación en el concurso de acreedores.

Además, sólo partiendo de una correcta distinción entre acción reivindicatoria y tercería de dominio, y de la asunción de esta última como cauce para ejercer judicialmente el derecho de separación en la quiebra, se puede comprender el verdadero significado que, a nuestro juicio, tienen las denominadas “reivindicaciones impropias” del art. 909 CCom. Y es que no pertenece a la esencia de la tercería de dominio –aunque sí a la de la acción reivindicatoria– que la petición del demandante se funde en el derecho de propiedad sobre la cosa afectada: lo importante es que el tercerista ostente la titularidad de un derecho que pueda válidamente oponerse a la utilización de los bienes en cuestión para satisfacer el interés económico del ejecutante<sup>36</sup>. Es cierto que, con gran frecuencia, ese derecho que alega el tercerista es su dominio, pero no siempre es así: además de los supuestos en que el tercerista es un mero cotitular (que en modo alguno ostenta el dominio exclusivo y excluyente sobre el bien afectado), también prospera la tercería –a modo de ejemplo– en aquéllos en que el tercerista es comprador a plazos con pacto de reserva de dominio, e incluso arrendatario de un bien objeto de *leasing*<sup>37</sup>.

Pues bien, en nuestra opinión, el art. 909 CCom cumple la función de enumerar una serie de derechos o situaciones jurídicas que, bajo ciertas condiciones (las expresadas en cada uno de sus apartados), permiten al tercero oponerse válidamente al embargo colectivo u ocupación operado sobre ciertos bienes, como forma de evitar una realización forzosa que sería improcedente: pero siempre tomando la tercería de dominio como escenario procesal para el ejercicio de esas facultades.

Lo cierto es, por tanto, que en lo que se diferencian los arts. 908 y 909 CCom no es en el modo de lograr la separación de bienes (es decir, en lo puramente procesal), sino en el título que funda la separación (el dominio en el

<sup>34</sup> Cfr. OMAR Y GELPÍ, “El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, *cit.*, pág. 94 (aunque identifica tercería de dominio y acción reivindicatoria); y FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, *cit.*, pág. 333.

<sup>35</sup> En semejante sentido, cfr. RIVES Y MARTÍ, *Concurso de acreedores y quiebras*, *cit.*, Tomo II, pág. 619.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, *cit.*, págs. 154 y sigs.

<sup>37</sup> Cfr. BANACLOCHE PALAO, “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de marzo de 1997”, *Tribunales de Justicia*, 1998-3, pág. 345.

art. 908; derechos distintos al dominio, pero incompatibles con la realización forzosa de los bienes, en el art. 909), es decir, en lo sustantivo. En lo procesal coinciden, pues todas ellas son reconducibles al concepto de tercería de dominio y a la sustanciación procedimental de este instituto, regulada por el momento en los arts. 1532 y sigs. de la LEC de 1881.

En resumen: los terceros, titulares de los derechos mencionados en los arts. 908 y 909 del CCom, podrán acudir siempre a la tercería de dominio como cauce para ejercer judicialmente su derecho de separación, esto es, para lograr la desafección de ciertos bienes de la ejecución colectiva a que da lugar la declaración de quiebra.

Y si se trata de una tercería de dominio, necesariamente habrá de ejercitarse por los cauces que la aún vigente LEC de 1881 asigna de forma inderogable a este expediente procesal en sus artículos 1532 a 1543, lo que supone acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía. Tiene sin duda razón GARRIGUES cuando señala que “sería absurdo imponer la necesidad de un juicio declarativo a quien reclama la exclusión de sus cosas de la masa de una quiebra”<sup>38</sup>; pero también la tendría quien afirmara lo mismo para quien pretende la desafección de sus bienes en un proceso de ejecución singular. Lo que ocurre es que nuestro legislador, probablemente partiendo de la confusión entre acción reivindicatoria y tercería de dominio, quiso que esta última se tramitara como un proceso declarativo, aunque lo cierto es que nada en la propia naturaleza de esta institución exige que sea de esa manera<sup>39</sup>. Ahora bien, que esto sea así, y que resulte perjudicial para el tercerista, no hace lícito proponer sin más que la petición del tercero se sustancie como un incidente (que es precisamente lo que hace GARRIGUES): de un lado, porque los argumentos legales que aporta para sustentar su propuesta son incorrectos<sup>40</sup>; de otro, porque la adecuación procedimental tiene naturaleza de orden público y es, por ende, inderogable. No queda, por tanto, más remedio que asumir la posibilidad de que la solución que ofrece el legislador no sea la más adecuada: de

---

<sup>38</sup> *Curso de Derecho Mercantil, cit.*, Tomo II, pág. 431. Le sigue BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, pág. 293.

<sup>39</sup> Cfr. FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio, cit.*, pág. 152.

<sup>40</sup> En concreto, alude GARRIGUES (*op. et loc. supra cit.*) al art. 1381 de la LEC de 1881, que remite a las normas del concurso para la tramitación de “las demandas de los acreedores, así sobre reconocimiento de créditos, como de agravios en su graduación”; y el art. 1276, también de la LEC anterior, señala que “todas las impugnaciones que se hagan a los acuerdos de la junta o decisiones del Juez sobre la graduación de créditos (...) se sustanciarán (...) por los trámites establecidos para los incidentes”. En contra de este planteamiento, puede verse, *in extenso*, OMAR Y GELPI, “El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, *cit.*, págs. 95 y 96; FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio, cit.*, pág. 335, nota 312; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente, cit.*, pág. 74.

las consideraciones *de lege ferenda* nos ocuparemos, no obstante, en el epígrafe siguiente.

**b) ¿El recurso frente a la resolución desfavorable de la Junta de Acreedores?**

Junto a la tercería de dominio, se ha planteado también la posibilidad de que, para el ejercicio judicial del derecho de separación, se pueda recurrir ante el juez de la quiebra el acuerdo de la Junta de Acreedores en el que ésta se niegue a “reconocer” el derecho del tercero y a separar sus bienes de la masa de la quiebra: sería, por tanto, una segunda forma de llegar a la “sentencia firme” de que habla el art. 908 CCom, alternativa a la tercería de dominio, e incluso compatible con ella de forma sucesiva (si fracasa esta especial vía, siempre se podría acudir a la tercería)<sup>41</sup>.

Son muchos, sin embargo, los escollos a los que se enfrenta esta posición, y que nos inducen a descartarla como alternativa válida –y vigente– para lograr la separación *ex iure dominii* de bienes de la quiebra.

A tal efecto, habría que empezar por reconocer a los terceros la legitimación necesaria para impugnar el acuerdo, legitimación que, en principio, parece reservada a los acreedores (en concreto, y según el art. 1261 de la LEC de 1881<sup>42</sup> –previsto para el concurso, pero aplicable por remisión a la quiebra (art. 1381 de la LEC de 1881)–, los acreedores que no concurrieron a la junta, o los que disintieron y protestaron en el acto contra el voto de la mayoría). Entender que el trato de “acreedor de dominio” que el CCom da al tercero es título legitimante para alcanzar este fin nos parecería forzar en exceso los términos, pues de estos “acreedores de dominio” ni se espera que concurran a la junta (para formar el quórum), ni tienen en ella derecho al voto (de modo que no pueden disentir del voto de la mayoría). Tampoco nos parece aplicable el art. 1105 III del CCom de 1829, pues aunque hable del derecho a recurrir del “interesado en el crédito controvertido”, parte de la base de que se trata de un acreedor en sentido propio. Y, por otra parte, no nos parece que privar de legitimación a los terceros para impugnar este acuerdo suponga “condenarlos” a la indefensión (en cuyo

<sup>41</sup> Así lo sostiene BELTRÁN SÁNCHEZ (“El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, págs. 292-294), aunque no se refiere propiamente a la tercería de dominio, sino de modo genérico al correspondiente juicio declarativo.

<sup>42</sup> Este precepto se ocupa de la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta de reconocimiento de créditos, pues es la que, según hemos sostenido, debe tomar la decisión sobre la separación de los bienes de terceros. De entenderse que la competencia recae sobre la Junta de graduación, el precepto aplicable sería el art. 1275 de la LEC de 1881, que igualmente sólo reconoce legitimación para impugnar los acuerdos a “los acreedores reconocidos no concurrentes a la misma, o que concurriendo hubieren disentido del voto de la mayoría y reservado su derecho para impugnarlo”.

caso hasta podría pensarse en el art. 24.1 CE como norma que directamente les legitimara para lograr la tutela de sus intereses), pues ya disponen de la tercería de dominio.

En cualquier caso, y si se supera este primer escollo, cabría preguntarse por la eficacia de esta vía de impugnación: la Ley sólo señala que se tramitará por el cauce de incidentes, sin dejar en absoluto clara una cuestión capital, como es la de si tendrá o no efectos suspensivos sobre la enajenación forzosa de los bienes en cuestión (cosa que siempre sucede con la tercería de dominio: art. 1535 de la LEC de 1881). Desde luego, el art. 1234.1º de esta última exige que para que proceda la suspensión de la enajenación, lo que debe estar sustanciándose es una “demanda de dominio, promovida por un tercero”, cualidad que no se predica de este incidente. Y las normas generales sobre incidentes (art. 746 de la LEC de 1881) también conducen a considerar que carece de efectos suspensivos<sup>43</sup>. Es cierto, no obstante, que el art. 1263 de la LEC de 1881 señala que la sentencia que recaiga en el incidente será apelable en ambos efectos, pero esto en nada afecta a la sustanciación del incidente “en primera instancia”, que puede dilatarse considerablemente en el tiempo<sup>44</sup>. Por eso mismo, resulta *ab initio* una vía poco segura, ante el riesgo real que supone para el tercero que no pueda paralizarse una eventual realización forzosa de los bienes que considere de su pertenencia.

Además, de entenderse existente esta posibilidad de ejercitar judicialmente el derecho de separación, su ejercicio sería incompatible simultánea y sucesivamente con el de la tercería de dominio, lo que resultaría extremadamente perturbador. Para llegar a esta conclusión, se hace preciso delimitar cuál sería el objeto de la acción ejercitada ante el juez de la quiebra en uno y otro supuesto.

Tratándose de la impugnación del acuerdo denegatorio de la Junta de Acredores, el *petitum* de la demanda del tercero consistiría en la petición al juez de que revoque el acuerdo de la Junta y lo sustituya por su contrario, es decir, por otro en el que se ordene la separación de los bienes y el alzamiento de la traba; en cuanto a la causa de pedir, vendría integrada por aquellos hechos de los que se deriva el derecho del tercero a oponerse a la traba y realización forzosa de los bienes afectados. En cuanto a los sujetos, será actor en el incidente el tercero; lo que no queda claro es quién ostentará la condición de demandado; lo único

<sup>43</sup> Lo que se suspendería sería la eficacia del acuerdo que, por no reconocer que los bienes pertenecen a un tercero, hace lícita e inobjetable su realización forzosa.

<sup>44</sup> Además, la interpretación de lo que significaría la admisión en ambos efectos si el objeto del incidente fuera la separación de bienes resultaría problemática: en efecto, si la sentencia es favorable al tercero, ¿significa su apelación en ambos efectos que, no obstante el reconocimiento judicial del derecho del tercero, la resolución debe tenerse por inexistente y resultaría posible la realización forzosa del bien? La lógica, que no el cumplimiento estricto de lo que dice la Ley, nos llevan a descartar esta interpretación. De modo que sólo cabría una suspensión de la ejecución sobre los bienes discutidos a partir del momento en que se dictara sentencia revocando el acuerdo de la Junta y ordenando la separación.

## LA TERCERÍA CONCURSAL

seguro es que, a tenor del art. 1264 de la LEC de 1881, los síndicos están obligados a sostener lo acordado por la mayoría, y que el deudor puede adherirse a su posición procesal; pero lo lógico sería que se demandara en cuanto tal a la masa de acreedores, o a la Junta, pues de ella ha emanado el acuerdo.

Pues bien, estos elementos serían coincidentes en lo sustancial con los de una acción de tercería de dominio: también en ella se pide la desafección con base en un derecho del tercero que se opone a ella. Lo único que tal vez podría verse alterado es la configuración de la parte pasiva (que, por el litisconsorcio pasivo legalmente impuesto, puede ser más amplia en el caso de la tercería de dominio<sup>45</sup>).

Evidentemente, si el órgano judicial estima la impugnación del acuerdo interpuesta por el tercero y esta decisión deviene firme, no se planteará problema alguno alguno de compatibilidad con la tercería de dominio. Pero si la desestima de modo firme, ¿puede válidamente el tercero incoar –recuérdese, ante el mismo juez– un proceso de tercería de dominio?

— Si consideramos que la impugnación del acuerdo y la posterior tercería de dominio forman parte del mismo y único proceso (el concursal), lo impediría la cosa juzgada formal de la resolución judicial desestimando la impugnación: en efecto, la tercería de dominio tendría como finalidad, en definitiva, revocar una decisión denegatoria que para el Juez de la quiebra es ya, en cuanto que firme, irrevocable.

— Y si se entiende que el de impugnación del acuerdo y el de tercería de dominio son, *stricto sensu*, procesos distintos (lo que, en cierta medida, supone ir en contra de la contemplación del fenómeno concursal como un fenómeno procesal complejo, pero único), lo impediría entonces la cosa juzgada material de la resolución denegatoria, en su función negativa (*non bis in idem*) pues las acciones ejercitadas son, en su esencia, idénticas; de modo que el primer enjuiciamiento –negativo– sobre la pertenencia al tercero de los bienes ocupados<sup>46</sup> haría imposible un segundo proceso sobre el mismo objeto<sup>47</sup>.

Como se puede apreciar, son muchos los inconvenientes, tanto teóricos como prácticos, a los que se enfrenta la impugnación del acuerdo denegatorio de la junta como instrumento válido para ejercitar el derecho de separación en la quiebra. Ciertamente es que, hasta ahora, sólo hemos demostrado a) que no es fácil

<sup>45</sup> Litisconsorcio necesario que, por otra parte, desaparece en el art. 600 de la nueva LEC (que sólo exige demandar al ejecutado cuando haya sido él quien designó el bien objeto de la tercería).

<sup>46</sup> El hecho de que se haya ejercitado por el cauce de incidentes no lo convierte, a nuestro entender, en un enjuiciamiento sumario (en cuyo caso sí que podría plantearse que carece de fuerza de cosa juzgada).

<sup>47</sup> Con la circunstancia añadida de que, siendo el juez competente el mismo, podría sin dificultades apreciar de oficio la eficacia negativa de la cosa juzgada material.

## LA TERCERÍA CONCURSAL

reconocer legitimación a los terceros, *b*) que no impide que puedan válidamente enajenarse los bienes mientras se tramita, y *c*) que su fracaso cierra cualquier margen de operatividad a la tercería de dominio. Se podría afirmar, no obstante, que es una vía existente, y que al tercero compete sopesar los riesgos que comporta. Sin embargo, estamos convencidos de que no sólo se trata de una opción en abstracto *muy poco conveniente*, sino de que para el legislador no es en absoluto una opción válida.

Además del argumento de que el legislador no puede razonablemente concebir como solución a un problema muy concreto un camino tan incierto y arriesgado, nos apoyamos en el criterio de la especialidad: una vez admitido que la “sentencia firme” a que se refiere el art. 908 CCom se puede obtener en un proceso de tercería de dominio, y teniendo en cuenta la incompatibilidad simultánea y sucesiva de ambas vías, la especialidad —es más especial un proceso *ad hoc*, diseñado para obtener la desafección de bienes indebidamente trabados, que una genérica impugnación de un acuerdo de la Junta— hace que la preferencia recaiga en la tercería de dominio. Sin olvidar el argumento que se deduce de la interpretación antes apuntada acerca del artículo 1269 II de la LEC de 1881, y que corrobora el art. 22 LSP: el legislador parece querer que, ante el fracaso de la solución extrajudicial para lograr la desafección de bienes en los procesos concursales, la judicial se concrete en todo caso en una tercería de dominio.

c) Elementos definidores de la tercería de dominio ejercitada en el marco de un proceso concursal

La conclusión que se puede deducir de todo cuanto llevamos dicho es que la “sentencia firme” a que alude el art. 908 CCom *sólo* puede ser la que se obtenga en caso de éxito de una tercería de dominio. Nos parece conveniente, no obstante, precisar, siquiera someramente, cuáles son los elementos que definen este peculiar expediente procesal cuando su ejercicio se incardina no ya dentro de un proceso de ejecución singular (que es el supuesto de hecho tenido en cuenta por los arts. 1532 y sigs. de la LEC de 1881), sino en el marco de un proceso concursal. De momento lo haremos tomando como base la regulación aún vigente, establecida en la LEC de 1881.

— Empezando por la *legitimación*, la activa debe reconocerse sin más al tercero cuyos bienes hayan sido indebidamente ocupados. La pasiva, en cambio, sí que presenta algún tipo de especialidad: y es que si en el proceso de ejecución singular ejecutante y ejecutado integran un litisconsorcio pasivo legal y necesario (art. 1539 I de la LEC de 1881), en el concursal será preciso operar las adaptaciones pertinentes para determinar quién ocupa esa posición. Así, no cabe duda de que *como ejecutado* deberá

demandarse al concursado o quebrado<sup>48</sup>; pero, ¿quién ostentará la cualidad de *ejecutante*?: en principio, la masa de acreedores<sup>49</sup>; ahora bien, formalmente la demanda deberá dirigirse frente a quienes ostentan *ex lege* su representación, es decir, los síndicos –y, antes de su nombramiento, el depositario-administrador–, en calidad de tales<sup>50</sup>.

Además, debería tal vez permitirse la intervención de los acreedores individuales, siempre que acreditaran un interés suficiente para sostener una posición con autonomía del conjunto de la masa, como puede suceder con quienes pretendan tener un derecho de ejecución separada<sup>51</sup>.

— Por lo que atañe al *momento para su interposición*, puede ser cualquiera que medie entre la ocupación indebida y aquél en que ya se haya otorgado la escritura o se haya consumado la enajenación forzosa de los bienes a que se refiera (art. 1533 II de la LEC de 1881). En especial, hay que poner de relieve que, a nuestro juicio, no es preciso haber intentado con carácter previo la separación extrajudicial (ante la Junta de Acreedores), pues ello supondría obligar al tercerista a esperar hasta el momento de

<sup>48</sup> En este sentido, la STS de 20 de junio de 1962 (RAJ 3174) exige de forma clara la presencia del quebrado en el proceso que se incoe en virtud del art. 908 CCom.

<sup>49</sup> Así lo sostiene GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., Tomo II, pág. 431.

<sup>50</sup> En este sentido, señala OMAR Y GELPÍ (“El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, cit., pág. 95) que “la demanda de tercería ha de dirigirse, en primer término, contra la representación legal de la masa de la quiebra, que será el depositario-administrador, o los síndicos, según esté más o menos avanzado el procedimiento. Dicha representación viene a ocupar la posición del ejecutante en los juicios singulares en que se procede por embargo y venta de bienes”. Por analogía, se llega a la misma solución acudiendo al art. 22 LSP cuando, al remitir a la tercería de dominio para ejercer el derecho de separación, señala que en ella serán partes “el reclamante, el deudor y los *Interventores o representantes de los acreedores*”. Sin embargo, la STS de 20 de junio de 1962 (RAJ 3174) también reclama la participación en el proceso de la Junta de acreedores (además del quebrado y de los síndicos), exigencia que nos parece excesiva y que no podemos compartir, atendida la función de la sindicatura en los procesos concursales.

En caso de que la demanda se dirigiera inicialmente contra el depositario-administrador, en cuanto se nombren los síndicos debe entenderse automáticamente producida una sucesión procesal en favor de éstos como demandados (de lo contrario, procedería la excepción 4ª del art. 533 de la LEC de 1881).

<sup>51</sup> Siempre, claro está, que no hayan procedido ya a ella (es decir, cuando resulte controvertido su derecho de separación *ex iure crediti*). En caso contrario, no cabría hablar de separación de la quiebra, sino de tercería de dominio en un proceso de ejecución tramitado como singular, que debería sujetarse a las reglas generales de este instituto y, en su caso, a las especiales aplicables si el acreedor en cuestión ha optado por acudir a algún proceso especial de ejecución (v.g., en caso de que acuda al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 LH, debería cumplir los requisitos del art. 132 I 2º LH: “acompañando, inexcusablemente con ella, título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito en favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior a la inscripción del crédito del actor, y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio a favor del tercerista”).

## LA TERCERÍA CONCURSAL

celebración de la Junta de reconocimiento de créditos<sup>52</sup> (aunque –también se ha dicho– si esta vía fracasa, el tercero no tendrá más remedio que acudir a los cauces de la tercería de dominio para insistir en su pretensión). Antes bien, ambas vías son alternativas –así se deduce del propio tenor literal del art. 908 CCom–; y, de hecho, nada debería impedir que pudiera acudirse simultáneamente a ambas: en caso de tener éxito la reclamación hecha a la Junta, resulta evidente que quedará sin objeto el proceso de tercería, por satisfacción extraprocesal.

— La demanda de tercería se *tramitará* por los cauces del juicio ordinario que corresponda por razón de la cuantía<sup>53</sup>, pero siempre en pieza separada (arts. 1269 II y 1534 II de la LEC de 1881), lo que presupone la competencia funcional del Juez del concurso o de la quiebra, y resulta plenamente coherente con la *vis attractiva* de los procesos concursales sobre los procesos singulares<sup>54</sup>. La *suspensión de la realización forzosa* sobre los bienes afectados tendrá, además, una doble fundamentación legal: la genérica prevista para todas las tercerías en el art. 1535 de la LEC de 1881; y la específica, establecida para el concurso –y aplicable de modo supletorio a las quiebras–, del art. 1234.1º de la misma LEC. Por otra parte, la consideración de que es una tercería de dominio conduce a la conclusión de que es preciso un principio de prueba (“el título en que se funde”) para que la demanda resulte admitida (art. 1537 de la LEC de 1881); y podrá tener lugar la especial *ficta confessio* prevista por el art. 1541 II.

— Por último, y en cuanto al *contenido de la sentencia estimatoria*, lo esencial será que se alce la traba existente sobre el bien, único modo de conseguir su separación de la masa activa de la quiebra o del concurso. La declaración de la titularidad del tercerista sobre el derecho esgrimido como fundamento de su demanda también se presenta, atendiendo a la jurisprudencia actual, como contenido inevitable de la sentencia. Además, si se ha acumulado una acción reivindicatoria, mandará la sentencia restituir la posesión al tercerista. La condena en costas se regirá por el art. 523 de la

<sup>52</sup> En semejante sentido, OMAR Y GELPI, “El procedimiento reivindicatorio en las quiebras”, *cit.*, págs. 94 y 95; SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, *cit.*, pág. 75.

<sup>53</sup> Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación del procedimiento por razón de la cuantía*, Ed. Comares, Granada, 1996.

<sup>54</sup> En este sentido, la STS de 22 de junio de 1962 (RAJ 3174) consideró que la tramitación de la demanda no ante el Juez que conocía de la quiebra, sino ante el Juez que por turno correspondió “integra una flagrante vulneración de las normas ordenadoras del juicio universal de quiebra, que reclaman junto a principios de unidad de acción que informa el juicio universal de quiebra que aboca y atrae todas las reclamaciones de tipo pecuniario a que están afectos los bienes del quebrado, y de universalidad al tener interés común todos los acreedores con respecto a la masa (...)”.



LEC de 1881, con lo cual es posible que recaiga sobre la masa de la quiebra y el quebrado: en tal caso, la condena en costas tendrá la consideración de una deuda de la masa, que se podrá ejecutar de modo preferente y separado, sin sujeción a la regla de la *par conditio creditorum*.

### 2.2.3. Separación de bienes en virtud del art. 38 III LH

Dejando de lado lo previsto por el art. 908 CCom (y los arts. 1234 y 1269 de la LEC de 1881 para el concurso de acreedores), y al margen del sistema tradicional de fuentes del Derecho concursal, otra solución para obtener la separación de bienes de la masa de la quiebra es la que brinda el art. 38 III LH, siempre que se trate de inmuebles o derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.

“En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo *o vía de apremio* contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella *contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento*, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento” [la cursiva es nuestra].

¿Es aplicable este procedimiento –mal llamada “tercería registral”<sup>55</sup>– cuando se trata de procesos concursales? A nuestro juicio, resulta inevitable la respuesta afirmativa, dado el carácter inderogable y “horizontal” de la normativa registral. Además, el propio tenor literal del precepto deja abierta su aplicabilidad a cualquier procedimiento del que pueda resultar la enajenación forzosa de bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles, utilizando de modo genérico el término “vía de apremio”; y hay vía de apremio, indudablemente, en los procesos concursales: así lo dice expresamente el art. 1236 de la LEC de 1881 para el concurso de acreedores<sup>56</sup>, y el art. 1088 del CCom de 1829 para las quiebras<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Y es que, como fue puesto de relieve por FERNÁNDEZ, el tercero no tiene por qué intervenir para lograr el alzamiento de la traba (*La tercería de dominio, cit.*, pág. 33).

<sup>56</sup> Art. 1236 de la LEC de 1881: “La enajenación se llevará a efecto con las formalidades establecidas para la venta de cada clase de bienes en la *vía de apremio* del juicio ejecutivo” [la cursiva es nuestra].

<sup>57</sup> Art. 1088 CCom de 1829: “La venta de los bienes raíces y la de los muebles, a excepción de los del comercio del quebrado, se hará en pública subasta con todas las solemnidades de derecho, y en otra forma serán de ningún valor”. Precepto éste que es compatible con la remisión general a

Sentada la aplicación de la norma, cabe preguntarse por la forma en que ha de operar: el precepto exige que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, la inscripción en favor de tercero. Pues bien, tratándose de bienes inmuebles esa certificación llegará a los autos, a más tardar<sup>58</sup>, cuando haya de darse cumplimiento a lo previsto por el art. 1489.1º de la LEC de 1881 (expresamente aplicable, en cuanto regula el procedimiento de apremio)<sup>59</sup>: antes de proceder al avalúo, se acordará que se expida mandamiento al Registrador de la Propiedad para que libre y remita al Juzgado certificación en la que conste la titularidad del dominio y de los demás derechos reales de la finca o derecho gravado. Se trata de una tarea que, tanto en el marco del concurso de acreedores como en el de la quiebra, corresponde hacer al órgano judicial, que será también quien reciba la certificación. Y si de ésta se deduce la titularidad ajena (y no concurre el especial supuesto de ser el quebrado o concursado heredero del titular inscrito), debe el propio Juez de la quiebra o del concurso mandar que se sobresea el apremio sobre el bien o derecho afectado (es decir, alzar la traba y lo separará de la masa de la quiebra) sin necesidad de oír a los órganos de la quiebra —en esa fase serán, normalmente, los Síndicos—, y sin necesidad incluso de que el tercero tuviera noticia de las actuaciones. Eso sí, esta resolución deberá serles notificada a los Síndicos, para que su composición de lugar en cuanto a la entidad del patrimonio del quebrado se ajuste a la realidad.

#### **2.2.4. Especialidad en caso de quiebra de entidades gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones o de entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores**

Con toda seguridad, los mecanismos hasta ahora descritos se pueden tachar de lentos y poco adecuados para una eficaz tutela del derecho de los terceros, aunque no quede más alternativa que asumirlos como un mal necesario, en cuanto que inevitable. No obstante, y como huida del régimen común, se ha previsto por el legislador un régimen absolutamente divergente para el ejercicio del derecho de separación cuando se trata de la quiebra o suspensión de pagos de entidades gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones (MDPA) o de entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (SCLV), contenido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/1994, de 14

---

los arts. 1236 y sigs. LEC operada por el art. 1319 de la LEC de 1881, en la medida en que se desarrollan especialidades que el CCom de 1829 no prevé.

<sup>58</sup> Es posible que llegue antes, por ejemplo, si el Registrador deniega la anotación preventiva del embargo sobre los bienes por este motivo, y se acaba librando a instancia del Juez o de los órganos de la quiebra o el concurso una certificación del Registro de la que se deduzcan tales extremos.

<sup>59</sup> En cuanto entre en vigor la nueva LEC el precepto aplicable será su art. 656; pero el momento procesal seguirá siendo el mismo.

de abril, que adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria e introduce otras modificaciones relativas al sistema financiero<sup>60</sup>. En concreto<sup>61</sup>:

1º) Si se ha declarado la quiebra, o se ha admitido a trámite la solicitud de suspensión de pagos de una entidad gestora del MDPA, en cuanto la Central de Anotaciones tenga acreditada tal situación, procederá de oficio a traspasar los valores que estén anotados en cuentas de terceros en la entidad afectada a cuentas de terceros del Banco de España: es decir, se hace un trasvase de los valores de terceros, que se extraen de la entidad quebrada o suspensa y se llevan al Banco de España. Se excluye así, de forma expeditiva, que puedan formar parte de la masa activa de la quiebra o de la suspensión de pagos.

2º) Si el procedimiento concursal afecta a una entidad adherida al SCLV: a) de un lado, la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá disponer de forma inmediata el traslado de los registros contables de valores de terceros a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad; b) los propios titulares de estos valores podrán solicitar también el traslado en cuestión. Se consigue, con ello, el mismo resultado que en el supuesto anterior.

Como se puede apreciar, con ello se dispensa a los terceros un elevadísimo nivel de protección, por cuanto:

— Determinadas entidades públicas (la Central de Anotaciones o la CNMV) se encargan de velar de oficio por sus intereses, sin necesidad de que ellos mismos tengan que asumir la carga de promover la separación.

— La separación de sus derechos de la masa de la quiebra o de la suspensión es automática, se produce por la simple voluntad de la Central de Anotaciones o de la CNMV, al margen de la autoridad judicial y de los órganos del procedimiento concursal, y sin coste económico para el tercero.

— Existe en el Juez competente y en los órganos de la quiebra o de la suspensión de pagos un deber de colaboración con las entidades encargadas de dar cumplimiento a las previsiones legales: en concreto, han de facilitar a la entidad destinataria de los valores trasladados la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectivo el traspaso y para asegurar el ejercicio de los derechos de los titulares de los citados valores.

---

<sup>60</sup> BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994.

<sup>61</sup> Cfr. RECALDE CASTELLS, “Tutela de los inversores ante procedimientos concursales de las entidades gestoras del Mercado de Deuda Pública o de las entidades adheridas al SCLV: nuevo régimen legal en España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 54, abril-junio 1994, págs. 520-524; BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, págs. 295-296.

En definitiva, se trata de un mecanismo excepcional, que en puridad no supone el ejercicio de derecho de separación alguno por su titular (el tercero), sino la actuación de oficio en defensa de terceros por razones evidentes de política económica (no en vano los terceros ostentan la condición de *inversores*). Lo que no resulta tan claro es hasta qué punto es respetuosa con los derechos de los acreedores, en la medida en que ni siquiera se concede a los órganos de la quiebra o de la suspensión la facultad de llevar a cabo las verificaciones mínimas para cerciorarse de la ausencia de fraudes<sup>62</sup>.

### ***2.3. Regulación para la suspensión de pagos***

Aunque la suspensión de pagos no supone, al menos en sentido estricto, una ejecución colectiva sobre el patrimonio del deudor insolvente, se hace preciso analizar si y cómo es posible ejercer en ella algo semejante al derecho de separación, teniendo en cuenta de modo especial lo que señala el art. 22 de la Ley de Suspensión de Pagos:

“Podrán abstenerse de concurrir a la Junta, sin que el convenio surta efectos respecto a ellos, los acreedores que invoquen los derechos conocidos en los artículos 908 a 910 del Código de Comercio. Los acreedores de esta clase, cuyos créditos no hubiesen sido reconocidos en la lista correspondiente de las enumeradas en el artículo 12, podrán formular sus reclamaciones llevándose a otras tantas piezas separadas que se tramitarán por el procedimiento establecido en los artículos 1532 y siguientes en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las tercerías de dominio, siendo partes el reclamante, el deudor y los Interventores o representantes de los acreedores”.

Es cierto que, salvo que la suspensión de pagos termine con la liquidación del patrimonio del suspenso –hipótesis más frecuente de lo deseable–, la situación del tercero es muy diferente a la que nos ha ocupado hasta ahora: y es que en la suspensión de pagos no existe propiamente un embargo u ocupación de naturaleza ejecutiva (preordenado a legitimar las operaciones de realización forzosa), de modo que tampoco se da el riesgo de que el tercero se vea privado de sus bienes y derechos mediante su enajenación judicial<sup>63</sup>. No obstante, son varias las razones que abonan el reconocimiento a estos terceros de un derecho de separación:

— Antes que nada, el hecho de que en toda suspensión de pagos se lleva a cabo la determinación de una masa activa (integrada por los bienes y derechos del suspenso), cuya función primordial es servir de base para la preparación, negociación y posterior adopción de un convenio que permita a

<sup>62</sup> Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, “El derecho de separación en la quiebra”, *cit.*, pág. 296.

<sup>63</sup> Así lo señala FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, *cit.*, págs. 335-336.

la empresa continuar con su actividad económica. Resulta evidente, en este sentido, el interés en evitar que el convenio que pueda concertarse tenga por base una masa patrimonial (la masa activa de la suspensión de pagos) falta de exactitud<sup>64</sup>.

— En segundo término, debe reconocerse que, aunque de menor intensidad, la intervención de los bienes en la suspensión de pagos también supone una afección (denominada en ocasiones *cuasi ocupación*<sup>65</sup>), en la medida en que, antes de la aprobación de los bienes, su administración puede ser objeto de las limitaciones que imponga el Juzgado (art. 6 I LSP) y, después, quedan vinculados al cumplimiento del convenio. Sin olvidar que, en último término, pueden verse directamente afectados si se pacta un convenio de liquidación, o si, por incumplimiento del convenio, se declara en quiebra al suspenso.

— En definitiva, la simple atribución formal de un bien al suspenso realizada por los interventores hace surgir un interés en el verdadero propietario, que justificaría, por sí solo, el ejercicio de los mecanismos adecuados para que se reconociera su titularidad<sup>66</sup>.

En cuanto al ejercicio de este derecho, cabe comenzar señalando que para la LSP los terceros propietarios de bienes indebidamente atribuidos al suspenso reciben la denominación y el tratamiento de “acreedores de dominio”<sup>67</sup> (art. 9 V LSP), y en cuanto tales gozan de un derecho de abstención (arts. 12 y 22 LSP), de manera que, una vez reconocido su derecho: *a)* tienen la facultad de no concurrir a la Junta, *b)* no quedarán afectados por el convenio, y *c)* podrán ejercitar su derecho contra el suspenso de forma separada (lo que, en este concreto supuesto, significa que podrán reclamarle de modo autónomo la devolución de los bienes de su pertenencia).

Son dos las vías, sucesivas, a través de las cuales estos terceros pueden ver reconocido su derecho:

1º) En primer término, es posible que tal reconocimiento lo lleven a cabo los Interventores en la lista definitiva de acreedores, que debe entregarse al Juez ocho días antes de la celebración de la Junta: en concreto, incluyendo su peculiar “crédito de dominio” en el grupo F), destinado a los acreedores con derecho de

<sup>64</sup> Como ha sido reconocido por la STS de 9 de marzo de 1944 (RAJ 307).

<sup>65</sup> Cfr. TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 229 y sigs. También la STS de 7 de octubre de 1995 (RAJ 7025).

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, cit., pág. 336.

<sup>67</sup> Terminología, evidentemente, desacertada (cfr. MASCARELL NAVARRO, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 124).

abstención (art. 12 I *i.f.* LSP)<sup>68</sup>. El derecho del tercero será plenamente efectivo en cuanto el Juez apruebe la lista definitiva (art. 12 II LSP) y ponga a su disposición los bienes de que se trate<sup>69</sup>.

2º) En caso de que el tercero no vea incluido su derecho en la lista mencionada, podrá solicitar de la autoridad judicial el reconocimiento de su derecho, ejercitando a tal efecto una tercería de dominio (art. 22 LSP). Se da, por tanto, la misma dualidad solución extrajudicial/solución judicial que en el concurso de acreedores y en la quiebra. La diferencia, y el principal problema, es que en este caso, y por dicción expresa de la Ley, el ejercicio de la tercería de dominio está supeditado al no reconocimiento del derecho del tercero en la lista definitiva de acreedores<sup>70</sup>; de forma que ambos remedios no son estrictamente alternativos, sino que el segundo es eventualmente sucesivo del primero<sup>71</sup>. A nadie escapan los perjuicios que de ello se derivan, pues es preciso esperar a los momentos finales del procedimiento de suspensión de pagos para lograr el ejercicio del derecho de separación, con los riesgos inherentes a ello<sup>72</sup>.

En cualquier caso, tal y como aparece diseñada la protección de estos terceros en la LSP, hay que poner de relieve que estos expedientes (tanto el reconocimiento por los Interventores como la tercería de dominio) tienen como única función la de *desafectar* los bienes de la suspensión de pagos, excluirlos de la masa activa, permitiendo que *a posteriori* los terceros reclamen su devolución (si es que tienen derecho a ella) por las vías procedentes que consideren oportunas<sup>73</sup>, sin quedar sujetos a lo que pudiera decirse al respecto en el convenio.

<sup>68</sup> Cfr. TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, cit., pág. 252; CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 118; MULET ARIÑO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Suspensión de pagos y quiebra. Procedimiento y casuística*, Ed. Atelier, Madrid, 1998, pág. 129.

<sup>69</sup> CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra*, cit., pág. 143.

<sup>70</sup> En este sentido, TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, cit., págs. 252 y 253; CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra*, cit., pág. 143; MULET ARIÑO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Suspensión de pagos y quiebra. Procedimiento y casuística*, cit., pág. 129.

<sup>71</sup> Eso sí, deja clara la Ley que la única alternativa válida a la falta de reconocimiento por los Interventores es la tercería de dominio, y no una eventual impugnación de la decisión de éstos.

<sup>72</sup> Insiste en ello TORRES DE CRUELLES, quien propone como solución admitir que los Interventores, en cuanto les conste la pertenencia ajena de determinados bienes, puedan, previa información al Juez, devolvérselos a sus titulares, excluyéndolos de la masa activa de la suspensión (*La suspensión de pagos*, cit., pág. 253).

<sup>73</sup> Véase la STS de 7 de octubre de 1995 (RAJ 7025): "... dicha estimación [la de la tercería de dominio ejercitada en virtud del art. 22 LSP] ha de ser solamente parcial en el sentido únicamente de que la maquinaria litigiosa sea excluida de la relación de bienes que forman el «activo» de la entidad suspensa, pero no que la misma sea entregada a la entidad actora, pues la acción de tercería de dominio, que es la aquí ejercitada, no puede ser identificada con la acción

### 3. PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE CARA A UNA FUTURA REFORMA

No vamos a abordar ahora las razones que justifican la necesidad urgente de reforma de nuestro Derecho concursal, pues son obvias y podemos presumir con garantías de acierto que el lector las conoce de sobra. En lo que atañe al derecho de separación *ex iure dominii* son, a nuestro juicio, dos las grandes cuestiones que deben ser objeto de estudio y reflexión:

a) En primer lugar, la delimitación de los derechos y situaciones jurídicas que dan vida al derecho de separación, es decir, que pueden válidamente oponerse por un tercero a la ocupación y posterior realización forzosa de los bienes.

b) En segundo término, la determinación de los cauces procesales para el ejercicio del derecho de separación. Es esta dimensión procesal del fenómeno la que nos está ocupando en el presente trabajo, y a ella exclusivamente se refieren las reflexiones y propuestas que siguen, para el caso de que finalmente cuaje la tan ansiada reforma concursal. Por ello, no se puede dejar de tener en cuenta la influencia que habrá de tener en esta materia la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar de que expresamente no vaya a regular las cuestiones propias del Derecho concursal.

#### 3.1. Los Anteproyectos concursales

Antes que nada, y dado que la idea de la reforma concursal lleva ya varias décadas danzando en la mente de estudiosos y prácticos, es necesario exponer cuáles han sido las propuestas de regulación que se han dado a esta materia en los diversos textos prelegislativos en los que ha cristalizado el esfuerzo reformador:

1º) *El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores, de 1959.*<sup>74</sup>

---

reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, y tiene por finalidad única y exclusiva la del levantamiento de un embargo indebidamente trabado sobre unos bienes, pero no que la posesión de los mismos sea entregada al tercerista, pues *para esto último el referido tercerista habrá de seguir el procedimiento que sea adecuado para ello*” (la cursiva es nuestra).

También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de octubre de 1994 (*Actualidad Civil*, @328/1995): “... los mal llamados, según la doctrina científica, (SAGRERA TIZÓN) «acreedores de dominio» siempre tienen que ejercitar una acción reivindicatoria para obtener la restitución de la cosa sobre la que tuviesen derecho real y que se hallase en poder del suspenso, o bien acción personal de restitución (...), *debiendo, en otro caso, hacer valer el derecho dominical dentro del propio expediente* (...)” (la cursiva es nuestra).

<sup>74</sup> Redactado por una Subsección de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, presidida por J. Garrigues. El texto del Anteproyecto (así como el de los restantes textos prelegislativos a que aludiremos) puede consultarse en el volumen monográfico *La Reforma del*

Se aborda esta materia en el Capítulo IV (“Separación de la masa”), del Título II (“Efectos de la declaración de concurso”), en concreto en los arts. 26 a 32. De modo general el art. 26 proclama que “los bienes y derechos que hayan pasado a formar parte de la masa del concurso sin pertenecer al deudor común, podrán ser separados por las personas a quienes corresponda su dominio o titularidad”. Los preceptos siguientes se ocupan de precisar supuestos especiales, análogos a los del actual art. 909 CCom, en que se mantiene el derecho de separación: v.g., en favor del vendedor, del mandante o comitente, del depositante.

En cuanto al cauce procesal para hacer efectivo el derecho de separación, y a tenor del apdo. 1º del art. 229, será el de un *incidente concursal*, cuya interposición suspenderá el procedimiento en el trámite de liquidación del activo respecto de los bienes afectados (art. 230), y que se sustanciará conforme dispone el art. 237: demanda escrita (con proposición de prueba); contestación por escrito en diez días (también con proposición de prueba); recibimiento a prueba, y práctica de la admitida en veinte días; eventual celebración de vista; terminación mediante sentencia, que será irrecurrible pero que no impedirá el desarrollo de un proceso posterior, una vez terminado el concurso.

## 2º) *El Anteproyecto de Ley Concursal, de 1983.*<sup>75</sup>

La norma básica sobre el ejercicio del derecho de separación *ex iure dominii* la constituye su art. 266, a tenor del cual: “Sólo podrán separarse de la masa activa los bienes y derechos que estando en poder del deudor no le correspondan por título legal e irrevocable. La separación se acordará por auto que dictará sin más trámites el juez del concurso a la vista de la solicitud de sus respectivos titulares informada favorablemente por el síndico. Si la solicitud de separación fuera informada desfavorablemente por el síndico, la pretensión que en su caso se deduzca habrá de formularse como demanda incidental a la que se dará el trámite correspondiente”.

La demanda incidental que debe tramitarse en caso de informe desfavorable del síndico se ventilará por los cauces del incidente concursal genérico, cuya tramitación viene regulada en los arts. 350 a 366: demanda escrita (con proposición de prueba); citación a comparecencia; audiencia de partes y práctica probatoria en la comparecencia; terminación del incidente por sentencia, que será recurrible en apelación en un solo efecto (art. 368) y, eventualmente en casación, en caso de que se decidan cuestiones que afecten directamente a la

---

*Derecho Concursal* de los *Cuadernos de Derecho y Comercio* editados por Dykinson y el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1997.

<sup>75</sup> Redactado por una Ponencia Especial de la Comisión General de Codificación, integrada por M. Olivencia Ruiz, L. Vacas Medina, J. Carreras Llansana, G. Jiménez Sánchez y A. Rojo Fernández-Río.



existencia de un derecho sustantivo de la parte recurrente o que causen a la masa un perjuicio irreparable (art. 371).

### 3º) *La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, de 1996.*<sup>76</sup>

Según esta Propuesta, son varias las vías a las que, directa o indirectamente, se puede acudir para lograr la finalidad de separar los bienes de terceros de la ejecución concursal:

— En primer término, se puede intentar la separación impugnando directamente el inventario en el que aparezca incluido como integrante de la masa activa algún bien o derecho que pertenezca a un tercero. Así se desprende del art. 85: “1. Dentro del plazo establecido para la impugnación de la lista de acreedores, *cualquier interesado* podrá impugnar el inventario, *solicitando* la inclusión o *la exclusión de bienes y derechos*, así como la modificación de la valoración de los elementos de la masa activa. 2. Las impugnaciones se sustanciarán conforme a lo establecido para la impugnación de la lista de acreedores.”

— Asimismo, se prevé en el art. 100.1 una vía análoga a la existente en el Anteproyecto de 1983, cuando medie petición del tercero que haya recibido el informe favorable de los órganos del concurso: “Los bienes y derechos que, en el momento de la declaración de concurso, se encuentren en posesión del deudor pero sean de propiedad ajena se entregarán a sus titulares, previa resolución del Juez del concurso a solicitud del interesado, informada favorablemente por el síndico o por el interventor letrado”.

— Finalmente, y en caso de que el informe no sea favorable, se prevé el recurso a la autoridad judicial, remitiendo al tercero a la impugnación del inventario (art. 100.2): “Si el informe fuera desfavorable, la solicitud de separación deberá reiterarse dentro del plazo y por el procedimiento establecido para la impugnación del inventario”. En cuanto a la impugnación del inventario, se hará por los cauces establecidos para la impugnación de la lista de acreedores (art. 85.2), que a su vez se sustanciará por los trámites de los incidentes (117.2). La regulación del incidente concursal contenida en la Propuesta (arts. 228 y sigs.) se asemeja mucho a la que le da el Anteproyecto de 1983.

### 4º) *Conclusión.*

Parece generalmente asumido, de cara a una nueva configuración de nuestro Derecho concursal, que en lo relativo al ejercicio del derecho de separación *ex iure dominii*, son dos las premisas básicas de las que debe partirse:

— En primer término, la de que resulta conveniente ofrecer a los terceros la posibilidad de obtener sin proceso judicial *stricto sensu* la desafección de sus bienes del concurso, siempre que se muestren conformes con ello los órganos del

<sup>76</sup> Redactada por A. Rojo Fernández-Río.

concurso. Esta solución pactada o convencional del problema, no obstante, no se desvincula nunca del órgano judicial, que debe darle siempre un refrendo formal; refrendo que, como ya vimos, resulta necesario para que la desafección convencional pueda ser plenamente eficaz.

— En segundo término, y como alternativa o con carácter subsidiario al fracaso de la vía anterior, se prevé el ejercicio propiamente judicial del derecho de separación, ante el Juez del concurso. En este punto, se huye deliberadamente de la tercería de dominio, y se acude de modo expreso a un *incidente concursal* (cuya estructura resulta, en todo caso, *clásica*). Lo cierto, no obstante, es que por lo que constituye su objeto (la desafección del bien de la masa del concurso), este incidente presenta todos los caracteres definitorios de la tercería de dominio: lo que realmente quiere evitarse, por ello, es el recurso al procedimiento declarativo ordinario por razón de la cuantía por el que, *de lege lata*, debe sustanciarse este expediente procesal, pero no su finalidad.

### **3.2. La regulación de la tercería de dominio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: su aptitud ante la reforma concursal**

Como se desprende de lo anterior, la tercería de dominio es el único cauce del que disponen los terceros para lograr judicialmente la desafección de la masa del concurso de aquellos bienes que, siendo de su pertenencia, fueron indebidamente ocupados como si fueran del concursado. Por imperativo de la LEC de 1881, la tercería de dominio ha de sustanciarse por los cauces del proceso declarativo ordinario correspondiente, lo que, sin duda, en nada facilita y agiliza la tutela del tercero que quiere hacer valer su derecho de separación. En consecuencia, se propugna, al menos para el ámbito concursal, la huida de la tercería y el recurso al cauce de los incidentes como alternativa procedimental adecuada para alcanzar la desafección.

Siendo éstas las premisas de las que se parte, hemos de plantearnos hasta qué punto no deben verse afectadas por la futura regulación que se ofrece para la tercería de dominio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Y es que el rechazo a la tercería no supone rechazo a su esencia –que indefectiblemente concurrirá en toda actividad procesal preordenada a obtener el alzamiento de un embargo (al fin y al cabo, *las cosas son lo que son, y no lo que los particulares pretenden que sean*)–, sino al modo en que se tramita.

Y sobre este particular, la nueva LEC opera en sus arts. 593 a 604 un cambio trascendental que, a nuestro juicio, puede alejar en buena medida las críticas y obligar a replantearse el “retorno” a la tercería de dominio como instrumento para el ejercicio del derecho de separación *ex iure dominii* en los procesos concursales. En efecto, la nueva LEC libera de forma radical y definitiva a la tercería de dominio de su excesivo ropaje de proceso declarativo ordinario en el que se va a debatir plenariamente sobre el dominio, y la dota de

## LA TERCERÍA CONCURSAL

un régimen procedimental conforme con lo que es su esencia: un expediente de naturaleza constitutiva procesal, que tiene por único objeto el alzamiento del embargo, la desafección del bien (art. 601), y cuya eficacia sólo es precisa –y, por ende, sólo se materializa– dentro del proceso de ejecución en que se produjo la traba indebida (art. 603 I)<sup>77</sup>.

En efecto, a tenor del art. 601 de la nueva LEC, no se admitirá en la tercería más pretensión al tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo, mientras que los demandados tan sólo podrán pretender el mantenimiento o sujeción a la ejecución del bien objeto de la tercería. Por eso mismo puede el art. 603 establecer que la sentencia que recaiga se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los solos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada sobre la titularidad del bien.

Eso sí, finalmente no ha renunciado el legislador a conservar para la tercería de dominio la tramitación del juicio ordinario (art. 599), que se sustanciará ante el Juez que conozca de la ejecución. Las versiones iniciales del Proyecto de nueva LEC reservaban para la tercería de dominio un cauce procedimental relativamente sencillo, el del juicio verbal con contestación escrita. Este tipo procedimental, sin embargo, ha desaparecido en la redacción definitiva de la Ley; y el legislador, a la hora de optar entre el juicio ordinario y el verbal, se inclinó –a nuestro entender con acierto– por el primero como cauce para las tercerías de dominio. Nótese en todo caso que se trata de una determinación procedimental *ratione materiae*, independiente de la cuantía que quepa asignar a los bienes objeto de la tercería.

No se crea, sin embargo, que el recurso al juicio ordinario supone un mantenimiento del principal argumento de quienes justificaban la huida de la tercería de dominio como instrumento para el ejercicio judicial del derecho de separación *ex iure dominii*. Antes que nada, porque la tramitación prevista por la nueva LEC para el juicio ordinario es sencilla, y no tendría por qué dilatarse en el tiempo mucho más de lo que lo harían los incidentes concursales previstos en los Anteproyectos antes enunciados. A ello debe sumársele el dato de que la limitación en cuanto al objeto y, consecuentemente, a las alegaciones y pruebas en el proceso de tercería contribuirá sin duda a aligerar más la tramitación. Y también incide en esta dirección la desaparición del litisconsorcio pasivo necesario: según el art. 600 I de la nueva LEC, la demanda de tercería se habrá de dirigir frente al acreedor ejecutante, y sólo será forzoso dirigirla también frente al

<sup>77</sup> En general, sobre el tratamiento que recibe la tercería de dominio en el PLEC y las principales novedades que incorpora, cfr. ORTIZ NAVACERRADA, “La ejecución forzosa, dineraria y no dineraria, en el Borrador de Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC*, Murcia, 1997, *Ponencias*, págs. 427 y sigs., esp. págs. 438-439; CACHÓN CADENAS, “Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de LEC”, en *Presente y futuro del proceso civil* (dir. PICÓ I JUNOY), Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 501 y sigs., esp. págs. 527-530.

## LA TERCERÍA CONCURSAL

deudor ejecutado cuando fue éste quien designó el bien a que se refiera la tercería (supuesto éste que, de forma previsible, tendrá escasa incidencia en los procesos concursales, en los que la ocupación se produce de forma global sobre toda una masa patrimonial).

Pero no sólo es la nueva tramitación y la limitación *ex lege* de su objeto lo que puede convertir a la tercería de dominio de la nueva LEC en instrumento adecuado para el ejercicio del derecho de separación *ex iure dominii* en los procesos concursales –al menos, igual de idóneo de lo que pudiera ser cualquier “incidente concursal” de nueva configuración–. Es, sobre todo, la nueva concepción sobre el papel y el peso que en el proceso de tercería recae sobre las partes lo que le concede unas virtudes *añadidas* –de especial utilidad para la protección eficaz del tercero–, que no deben menospreciarse.

En efecto, se ha venido entendiendo de modo tradicional que, siendo el de tercería un proceso declarativo ordinario, recae sobre el tercerista –dada su condición de actor– toda la carga de la alegación y de la prueba de que concurre en él un derecho que se opone al embargo (normalmente el dominio). Las desventajas que de ello se derivan para el tercero son evidentes: no sólo ve cómo sus bienes son indebidamente embargados; también debe tomar él mismo la iniciativa para proteger su derecho, nada menos que incoando un proceso declarativo; y, más aún, asume en él todos los riesgos propios de quien soporta el papel activo y asume las cargas alegatorias y, sobre todo, probatorias en el proceso. El tercero debe probar cumplidamente su título sobre el bien o derecho embargado; las cargas de los demandados serían sólo eventuales, pues estarían condicionadas por el éxito o fracaso del tercerista; además, se le exige la presentación del título en que funda su derecho (art. 1537 de la LEC de 1881), para acreditar la “seriedad” de su pretensión, en la medida en que su demanda paraliza la realización forzosa sobre el bien en cuestión –y sólo se permite semejante perturbación en el proceso de ejecución cuando quien a ello aspira acredita *ab initio* lo fundado de su petición–.

Sin embargo, y tomando también como punto de partida la regulación todavía vigente de la tercería de dominio (esto es, la contenida en la LEC de 1881), se ha postulado –con cierto apoyo en algún sector de la jurisprudencia– un reparto radicalmente diferente de los papeles entre las partes en el proceso de tercería<sup>78</sup>. A juicio de VEGAS TORRES, la exigencia de presentación del título que justifica su demanda cumple una peculiar función: permite fundar una presunción de titularidad, aunque sea provisional, favorable al tercerista, suficiente por sí sola para desvirtuar la apariencia de pertenencia al ejecutado en que se basó el

---

<sup>78</sup> Cfr. VEGAS TORRES, “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la tercería de dominio”, en *Estudios de Derecho Procesal* (dirs. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ), McGraw Hill-BCH, Madrid, 1996, Vol. 2, págs. 1993-2031, esp. págs. 2012 a 2016 y págs. 2024 y sigs.

embargo, *salvo que la parte demandada demuestre lo contrario*. Con ello, aunque el tercerista tenga formalmente el papel activo precisamente por su condición de actor, lo cierto es que, presentado el título, la carga de la alegación y, sobre todo, de la prueba, recae sobre la parte demandada (interesada en el mantenimiento del embargo) que, para lograr que fracase la acción de tercería, debe destruir cumplidamente la apariencia que se desprende del título, o al menos demostrar que es mayor la que existe a su favor. Sólo así recibiría plena explicación la *ficta confessio* del art. 1541 II de la LEC de 1881<sup>79</sup>: la falta de respuesta activa supone que el título del tercerista no va a ser destruido, y como a éste no le hace falta probar *nada más* para que su acción tenga éxito, pueden traerse los autos directamente a la vista para dictar sentencia (que será, claro está, estimatoria de la tercería).

No cabe la menor duda de que esta concepción de la tercería de dominio – que, de hecho, y como se acaba de comprobar, encaja en el tenor de la aún vigente LEC de 1881– supone una notable ventaja para el tercero, pues facilita considerablemente la tutela de su posición jurídica. Y tampoco podrá negarse que resultará especialmente útil cuando se trata de procesos concursales, en los que el riesgo de ocupación de bienes y derechos de titularidad ajena es mayor. Además, como se prevé en la regulación actual y se sigue proponiendo en los diversos textos prelegislativos, a la solución *judicial* del conflicto entre el tercero y la masa le puede preceder una vía de arreglo convencional, en la que la carga (en sentido impropio, pero gráfico) de demostrar su derecho y convencer a los órganos del concurso sí que corresponde al tercerista: de modo que estos órganos concursales han de saber que una negativa injustificada por su parte a liberar el bien *sin proceso* tendrá para la masa del concurso la consecuencia negativa de arrostrar un proceso judicial más complicado: con esta amenaza (que no parece injusta) se evita el peligro de una negativa sistemática y *abusiva* de los órganos del concurso a separar bienes de la masa activa, de modo que sólo se opondan a liberar los bienes y derechos que el tercero afirme ser suyos cuando estén en

---

<sup>79</sup> Recuérdese: si ejecutante y ejecutado no contestan a la demanda, el Juez, sin más trámites, llamará los autos a la vista y dictará sentencia. Pues bien, en condiciones normales de reparto de cargas entre actor y demandado, la ausencia de contestación a la demanda supone la negación de lo afirmado por el actor (tercerista), pero no libera a éste de la carga de la prueba; por ello mismo, la supresión de la fase probatoria, en puridad, le podría acabar perjudicando, pues el juzgador dictaría la sentencia fundándose únicamente en los documentos aportados por él en la demanda. Se da entonces el riesgo de que el juez los considere insuficientes y –dado que no ha habido otras pruebas que los puedan corroborar– acabe desestimando la demanda; a no ser que, implícitamente, el legislador esté asumiendo que la inmediata citación para sentencia está pensada en beneficio del tercerista, asumiendo la suficiencia del título para dictar sentencia favorable. Y ese reconocimiento de la suficiencia de los documentos es un claro indicio de que su presentación conlleva una inversión de papeles entre actor y demandados (se trataría, por ello, de una técnica semejante, salvando las distancias, a la de los procesos monitorios). Cfr. VEGAS TORRES, “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la tercería de dominio”, *cit.*, pág. 2025.

condiciones de acreditar una apariencia más favorable que la que se desprende del título aportado por aquél.

Pues bien, esta forma de entender la distribución de los papeles y las cargas procesales entre las partes del proceso de tercería de dominio recibirá, a nuestro juicio, consagración plena en cuanto entre en vigor la nueva LEC, cuyo art. 602 elimina las ambigüedades del actual art. 1541 de la LEC de 1881, al establecer de forma tajante que “si los demandados no contestaran la demanda de tercería de dominio se entenderá que admiten los hechos alegados en la demanda”; y ello partiendo de la base –es evidente– de que, según el art. 595.3, “con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista”, sin el cual “el tribunal rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio” (art. 596.2)<sup>80</sup>.

A partir del momento en que esto llegue realmente a ser así<sup>81</sup>, no debería haber necesidad alguna de evitar a la tercería de dominio –*rectius*, de huir de ella– como cauce procesal para el ejercicio del derecho de separación *ex iure dominii* en los procesos concursales. Al contrario, nos parecería mucho más beneficioso recurrir a la tercería que a un eventual y genérico “incidente concursal” (como hacen los Anteproyectos hasta ahora existentes). Y es que, aunque no se trate de un procedimiento forzosamente breve (cosa que sucede con el incidental), cuenta con la ventaja de que está expresamente diseñado y construido en todos sus detalles para satisfacer del modo más conveniente los intereses en presencia cuando se reclama la desafección de un bien o derecho concreto de un proceso de ejecución; dicho más gráficamente, la tercería de dominio constituye un “guante a medida”, mientras que el incidente concursal no es –no puede ser– más que un armazón “prefabricado” que, según para qué, resultará demasiado estrecho o demasiado amplio.

El único reparo que podría plantear esta opción sería la exigencia al tercerista de que presentara un “principio de prueba por escrito”. Sin embargo, es una objeción más bien aparente, pues la verdad es que resulta difícil imaginar a alguien que, hoy en día, litigue –incluso de modo ordinario– sin un título escrito. Además, la alternativa contraria, es decir, admitir la tercería sin título, significa perturbar más allá de lo admisible el derecho de los acreedores a una pronta satisfacción de sus créditos –pues la tercería paraliza la ejecución–; y ya se ha dicho que el título no deja de desempeñar también una función de garantía de

<sup>80</sup> Reconocerle al título o principio de prueba esta eficacia no supone dejar de reconocer que también sirve de garantía de la “seriedad” que debe presidir este tipo de demandas, pues ambas funciones son perfectamente compatibles. Pero es que, además, esta función también la desempeña el nuevo art. 598.2, a tenor del cual “el tribunal, previa audiencia de las partes si lo considera necesario, podrá condicionar la admisión de la demanda de tercería a que el tercerista preste caución por los daños y perjuicios que pudiera producir al acreedor ejecutante”.

<sup>81</sup> Es decir, cuando entre en vigor la nueva LEC.

## LA TERCERÍA CONCURSAL

“seriedad” en la demanda del tercerista. Sin olvidar tampoco que admitir la tercería de dominio sin título obligaría a construirla de modo diferente, pues no podría jugar ya inversión alguna de la carga probatoria, y se perderían las ventajas que la hacen atractiva.

La aplicación de las normas de la nueva LEC sobre tercería de dominio a los procesos concursales será posible sin apenas esfuerzos hermenéuticos. Si acaso, la única adaptación que se requeriría sería de cara a la determinación de la parte pasiva; pero para ello bastaría con entender que donde la LEC habla de “ejecutante” debe leerse “síndicos” o “interventores” y que donde dice “ejecutado” ha de leerse “quebrado”, “concurtido” o “suspensión”. Además, podría pensarse en admitir la intervención en el proceso de tercería de acreedores singulares (especialmente los que afirmen un derecho de ejecución separada sobre el bien) a los que, tal vez, y para no complicar en exceso la tramitación, podría exigirse que litigaran unidos y bajo una sola representación (cosa que ya hace la LEC de 1881 en diversos puntos para el concurso de acreedores –e, indirectamente, para la quiebra–).

#### 4. CONCLUSIONES

Antes que nada, ha de quedar claro que la separación *ex iure dominii* en los procesos concursales tiene como función el levantamiento de la traba o embargo en que consiste la ocupación, cuando se ha proyectado sobre bienes o derechos de pertenencia ajena. Esta separación no tiene por qué fundarse de modo necesario en el dominio, sino en la titularidad por parte del tercero de algún derecho que resulte incompatible con la enajenación forzosa del bien. Puede sostenerse así sin ambages que la separación de bienes en los procesos concursales es una subespecie del género “tercería de dominio”.

De cara a una futura reforma de nuestro Derecho concursal, y en relación con el ejercicio del derecho de separación, debería partirse de los siguientes postulados:

a) Antes que nada, habría de ser posible una separación de bienes de la masa activa de la quiebra que se llevara a cabo de oficio por los órganos del concurso, una vez comprobada por ellos mismos su no pertenencia al concursado (previa autorización judicial, si se considera necesaria para la mejor defensa de los intereses de los acreedores). En todo caso, a la constatación por los órganos del concurso de la ocupación de bienes o derechos de titularidad ajena debería ir anudado el deber de comunicar tal hecho a los terceros afectados, en la medida en que éstos pudieran ser identificados a partir de la documentación obrante en el concurso.

A tal fin, nos parece de gran utilidad el ejemplo que suministra el art. 593.2 de la nueva LEC, a tenor del cual: “Cuando, por percepción directa o por

## LA TERCERÍA CONCURSAL

manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el tribunal tuviera motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pueden pertenecer a un tercero, ordenará mediante providencia que se le haga saber la inminencia de la traba. Si, en el plazo de cinco días, el tercero no compareciere o no diere razones, el tribunal dictará providencia mandando trabar los bienes, a no ser que las partes, dentro del mismo plazo concedido al tercero, hayan manifestado al tribunal su conformidad en que no se realice el embargo. Si el tercero se opusiere razonadamente al embargo aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho, el tribunal, oídas las partes, resolverá lo que proceda”.

*b)* Además, y a instancia del tercero cuyos bienes o derechos fueron indebidamente ocupados, también han de poder los órganos de la quiebra o del concurso proceder a la separación. En realidad, tanto en este caso como en el anterior se trataría de un alzamiento de la traba que, formalmente, tendría que ser llevado a cabo por el propio órgano judicial del concurso, de manera que pudiera desplegar sus efectos con plenitud. Sería, no obstante, un supuesto en que el órgano judicial carecería de auténticos poderes decisorios, que estarían encomendados a los órganos del concurso, de oficio o a instancia del concursado (y siempre sujetos al control judicial en caso de fraude ostensible).

*c)* De modo alternativo o sucesivo a estas vías, el tercero debe poder acudir al órgano judicial en ejercicio de su derecho de separación. En este punto, las perspectivas de futuro son las siguientes:

1ª. En tanto no entre en vigor la nueva LEC, resultará de aplicación la situación anteriormente descrita: habrá que acudir a la tercería de dominio, tal y como aparece regulada en los arts. 1532 y sigs. de la LEC de 1881.

2ª. Una vez entre en vigor de la nueva LEC, y en tanto no se proceda de modo efectivo a la reforma concursal, debe entenderse que las normas actualmente vigentes (arts. 1234.1º y 1269 II de la LEC de 1881 para el concurso de acreedores; art. 908 CCom para la quiebra; y art. 22 LSP para la suspensión de pagos), se remiten a la “nueva” tercería de dominio como cauce para el ejercicio judicial del derecho de separación; con lo cual, aún sin reforma concursal, la reforma procesal civil habrá contribuido ya de por sí a una clara mejora en la protección de los terceros afectados por la ocupación indebida.

3ª. Teniendo en cuenta lo anterior, y de cara a la elaboración de una nueva Ley Concursal, consideramos deseable que en ella se consagre de manera expresa a la tercería de dominio –tal y como aparece regulada en la nueva LEC– como el instrumento adecuado para el ejercicio judicial de este derecho de separación.

Si al elaborar la nueva Ley Concursal se entiende que la tercería de dominio resulta inadecuada a este fin –v.g., porque se considera inasumible la tramitación de un juicio ordinario para resolverla–, será de prever el



LA TERCERÍA CONCURSAL

recurso a un genérico “incidente concursal”. Al configurarlo deberían tenerse en cuenta, en cualquier caso, las ventajas que se derivan de un expediente en el que, siempre con base en un título, se invirtieran las posiciones procesales de actor y demandado (como hace la nueva LEC).